

UNIVERSIDAD DE CUENCA



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

ESCUELA DE DERECHO

**“EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL CODIGO ORGANICO
INTEGRAL PENAL ECUATORIANO. EL CIUDADANO Y NO CIUDADANO.
MENCION TERRORISMO”**

*Monografía, Previa a la Obtención del Título
de Abogado de los Tribunales de Justicia de
la República y Licenciado en Ciencias
Políticas y Sociales.*

AUTOR:

DIEGO MAURICIO PALACIOS MORENO.

DIRECTOR:

DR. ALVARO JAVIER MENDEZ ALVAREZ.

CUENCA-ECUADOR

2016



RESUMEN.

La Teoría del Derecho Penal del Enemigo postula la existencia de un ordenamiento penal que distinga entre personas fieles al ordenamiento jurídico y aquellos que con su conducta demuestran una posición contraria al orden jurídico y tienen como fin la desestabilización del sistema estatal. La presente investigación está destinada al análisis de la Legislación Penal Ecuatoriana y su vinculación con la denominada doctrina penal a través del delito de terrorismo.

En un primer momento realizaremos un análisis de la doctrina en mención, sus postulados y finalidades. Posterior a ello, describiremos el Constitucionalismo Garantista y Dignatario y su fuerte contradicción con los postulados del jurista alemán Gunther Jakobs, titular de la teoría del “Derecho Penal del Enemigo”.

Finalmente analizaremos el tipo penal Terrorismo en relación con el Derecho Penal del Acto, junto al estudio y crítica del caso denominado “Los 10 de Luluncoto” a la luz de los Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVES: Derecho Penal del Enemigo- Gunther Jakobs- Seguridad Cognitiva- Peligrosidad- Persona- No Persona- Enemigo- Dignidad Humana- Terrorismo.



ABSTRACT.

Theory Enemy's Criminal Law postulates the existence of a criminal law that distinguishes between people whose behaviors is accord to law and people that demonstrate a position contrary to the legal order and aim to destabilize the state system people. This research is aimed to analyze the Ecuadorian Criminal Law and its connection with this doctrine through the crime of terrorism.

First we will make an analysis of the doctrine, its principles and purposes. Following this, we will describe the Constitutionalism Guarantor and Dignitary and the contradiction with the principles of the German jurist, Gunther Jakobs, head of the theory "Enemy's Criminal Law ".

Finally we will analyze the crime Terrorism related to the "Criminal Law Act", within the study and criticism of the case called "The 10 Luluncoto" linked to Human Rights.

KEYWORDS: Enemy's Criminal Law - Gunther Jakobs- Cognitive Safety Dangerousness - Person- No Person- Enemy- Human Dignity – Terrorism.



INDICE.

RESUMEN.....	II
ABSTRACT.....	III
INDICE.....	IV
CLAUSULA DE DERECHOS DE AUTOR.....	VI
CLAUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL.....	VII
AUTORÍA.....	VIII
DEDICATORIA.....	IX
AGRADECIMIENTO.....	X
INTRODUCCION.....	1
CAPITULO PRIMERO.....	5
1. TEORIA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.....	5
1.1. ANTECEDENTES FILOSOFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.....	5
1.1.1. SANTO TOMAS DE AQUINO.....	5
1.1.2. THOMAS HOBBS.....	6
1.1.3. JEAN JACQUES ROUSSEAU.....	8
1.1.4. IMMANUEL KANT.....	9
1.1.5. JOHANN GOTTLIEB FICHTE.....	10
1.2. EL DERECHO PENAL DEL CIUDADANO Y EL DERECHO PENAL DEL NO CIUDADANO- ENEMIGO.....	11
1.3. CONCEPTUALIZACION DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.....	15
1.3.1. GENERALIDADES.....	15
1.3.2. CONCEPTO.....	17
1.4. CARACTERISTICAS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.....	20
1.5. FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.....	25
1.6. FUNCIONES DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.....	33
1.7. FINALIDAD DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.....	37
CAPITULO SEGUNDO.....	42
2. ANALISIS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO FRENTE AL CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA Y DIGNATARIO.....	42
2.1. DIGNIDAD HUMANA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.....	45
2.2. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LA DIGNIDAD HUMANA.....	48
2.3. LEGISLACION COMPARADA.....	55



CAPITULO TERCERO.....	57
3. EL DELITO DE TERRORISMO EN EL CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL ECUATORIANO.....	57
3.1. SEGURIDAD PÚBLICA.	57
3.2. DERECHO PENAL DEL ACTO Y DERECHO PENAL DE AUTOR.	60
3.3. TERRORISMO.....	63
3.3.1. HISTORIA.	63
3.3.2. DEFINICIÓN.	65
3.3.3. TIPO PENAL.....	67
3.3.4. DERECHO COMPARADO.	73
3.3.4.1. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.	73
3.3.4.2. ARGENTINA.....	74
3.3.4.3. ECUADOR.....	75
CONCLUSIONES.	81
BIBLIOGRAFÍA.	87

CLAUSULA DE DERECHOS DE AUTOR.



Universidad de Cuenca
Clausula de derechos de autor

Diego Mauricio Palacios Moreno, autor de la Monografía "EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL ECUATORIANO. EL CIUDADANO Y NO CIUDADANO-MENCION TERRORISMO", reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art. 5 literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de "Abogado de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales". El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo no implicara afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autor.

Cuenca, 06 Enero de 2016

Diego Mauricio Palacios Moreno

C.I. 0104984687



CLAUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL.



Universidad de Cuenca
Clausula de propiedad intelectual

Diego Mauricio Palacios Moreno, autor de la Monografía "EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL ECUATORIANO. EL CIUDADANO Y NO CIUDADANO-MENCION TERRORISMO", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Cuenca, 06 Enero de 2016

Diego Mauricio Palacios Moreno

C.I. 0104984007



AUTORÍA.

La responsabilidad por los hechos, ideas y doctrinas expuestas en este trabajo corresponden exclusivamente al autor.

Cuenca, 05 Enero de 2016

Diego Mauricio Palacios Moreno

C.I. 0104984687



DEDICATORIA.

*A mis padres Ítalo Palacios Álvarez y Gladys Moreno Morejón y a mi hermana
Priscila Palacios Moreno.*



AGRADECIMIENTO.

Mi profundo agradecimiento a todas quienes aportaron en la realización de esta investigación.

De manera especial quiero agradecer:

Al Dr. Álvaro Javier Méndez Álvarez, por su entrega y enseñanza brindada.

A los Docentes de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca, quienes con su conocimiento despertaron en mí el deseo de aprendizaje en las materias penal y constitucional.

A mis padres Ítalo Palacios Álvarez y Gladys Moreno Morejón por su apoyo incondicional a lo largo de mi vida y ser ejemplos de persistencia y estudio.



INTRODUCCION.

Posterior al derrumbe del socialismo, en los inicios de la década de los años noventa, el sistema capitalista surgió en apariencia, doblemente triunfante: como el único sistema de sociabilización y a su vez por dicho triunfo como el mejor de todos los sistemas sin hacer reparo en las consecuencias que traía aparejadas para la humanidad. Con más de dos décadas de tales sucesos cabe preguntarse ¿por qué la “paz posmoderna” no es tal? Si se sostiene que el actual modelo es el único y mejor posible ¿por qué la explotación, la indignidad de tantas personas, la creciente criminalidad organizada, el terrorismo y las crisis económicas? Es evidente la constante violación de los Derechos Humanos y del Derecho Penal y Procesal mediante la aplicación de legislaciones de excepción y por tanto el irrespeto a las garantías individuales del ciudadano.

En efecto, la Política Criminal de los últimos años en los modernos Estados Latinoamericanos, y entre ellos Ecuador, puede describirse como un fenómeno de cambio de orientación en la forma de entender y aplicar el Derecho Penal frente a la criminalidad. Esta transformación que se advierte sobre el Derecho Penal actual ha sido caracterizada como un fenómeno expansivo, pero también como una modernización de la rama penal frente a los riesgos que se derivan de la sociedad actual. Es innegable la transformación de la criminalidad, que ha obligado un cambio en los planteamientos jurídicos que aborda. En este sentido es claro que el Derecho Penal está llamado a alcanzar también la “criminalidad de los poderosos”, y dejar de ser uno sólo destinado a afectar a los marginados y menos favorecidos en la sociedad.

Cancio Meliá manifiesta que el momento actual puede:

(...) Convenirse que el fenómeno más destacado en la evolución de las legislaciones penales del mundo occidental es la aparición de múltiples nuevas figuras, a veces incluso nuevos sectores de regulación, ello acompañado de una actividad de reforma de tipos penales ya



existentes en un ritmo muy superior al de épocas anteriores (Cancio, 344).

De un modo u otro, parece claro que el rumbo que ha tomado y mantiene el Derecho Penal de hoy es apreciable en diferentes normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Los rasgos centrales de dicha inclinación serían entre otros:

La administrativización del Derecho Penal, esto es la reglamentación de nuevos sectores de la vida social eludiendo flagrantemente el principio de legalidad a través de la creación de delitos y penas por vía administrativa, la globalización del Derecho Penal, en tanto genera la intención de una persecución supranacional de la criminalidad de igual alcance, y la progresiva deconstrucción del paradigma liberal del Derecho Penal (Demetrio, 13).

Desde una perspectiva general, se podría decir que el Derecho Penal del Enemigo sería una clara manifestación de los rasgos característicos del llamado Derecho Penal Moderno, es decir, de la actual tendencia expansiva del Derecho Penal que da lugar formalmente a una ampliación de los ámbitos de su intervención y materialmente a una flexibilización de los principios y garantías jurídico-penales del Estado Constitucional de Derecho; y que tiene como antecedente un grave problema social: la inseguridad ciudadana. Por su parte el jurista alemán Gunther Jakobs en una ponencia realizada en Berlín, fue quien impulsó esta discusión haciendo referencia al denominado “Derecho Penal del Enemigo” en dos etapas diferentes; en 1985 se produce la primera de ellas, en la que se vincula el concepto hacia los delitos de puesta en riesgo y delitos cometidos dentro de la actividad económica. Mientras que a partir de 1999 surge una segunda fase orientada hacia delitos graves contra bienes jurídicos individuales, especialmente los delitos de terrorismo. Teoría que se presenta como una respuesta ante la ola criminal que afecta la convivencia en sociedad y que se ha acrecentado en los últimos años.

La tesis del “Derecho Penal del Enemigo” se construye a partir de una previa distinción estipulativa: la existencia de algunos sujetos que deben ser considerados como ciudadanos y la de otros que han de ser estimados y



tratados como enemigos. A partir de ella, se propone la configuración y vigencia de secciones del Derecho Penal inspiradas en paradigmas diversos: el Derecho Penal del Ciudadano y el Derecho Penal del No Ciudadano o Enemigo. A consecuencia de aquello es preciso preguntarnos, sobre la posible existencia de un Derecho Penal del Enemigo dentro del marco del Estado Constitucional de Derecho. Así mismo cabe cuestionar: ¿Quién hará la diferencia entre enemigo y ciudadano? ¿Representa el Derecho Penal del Enemigo una afectación de las garantías y derechos consagrados en la Constitución de la República y Tratados Internacionales de Derechos Humanos? o ¿Es tal vez el último recurso con el que cuenta el Estado para posibilitar su subsistencia y así permitir la vida en sociedad? El Derecho Penal del Enemigo responde a un modelo funcional en el cual el valor prioritario es la estabilidad del sistema a costa de la vulneración de Derechos Fundamentales.

El problema la criminalidad y la delincuencia en nuestro país ha contribuido a una sensación generalizada de inseguridad ciudadana, no solo por la perpetración de graves actos criminales entre ellos terroristas, sino también porque el Estado a través de sus órganos se ha mostrado impotente, sin tener una respuesta adecuada y oportuna frente a dichos actos, lo que ha dado lugar a que la sociedad cuestione a las instituciones del Estado, debido a que el mayor número de tales actos delictivos quedan impunes o se vuelven reincidentes.

Es en este contexto de sistemática violación de los derechos individuales y desprecio a la ley, que el Estado en su afán de conseguir la máxima eficacia en la prevención y en el castigo de la actividad delictiva, ha introducido reformas sustanciales a partir de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal con respecto del tipo penal terrorismo, reformas que se caracterizan por establecer penas cada vez más elevadas, por penalizar la puesta en peligro de determinados bienes jurídicos y relativizar las garantías procesales del acusado. Este nuevo rumbo que ha adoptado el legislador penal, surge como una reorientación que va desde un modelo minimalista de Derecho Penal nuclear, dirigido primordialmente a proteger los bienes jurídicos fundamentales (vida, integridad sexual y propiedad), hacia un Derecho Penal moderno preparado para responder a los riesgos derivados de la sociedad actual, que



apunta a la protección de bienes jurídicos supraindividuales (como el medio ambiente, la economía o la criminalidad organizada).

Por lo tanto esta investigación está orientada al análisis del tipo penal terrorismo frente a la Teoría del Derecho Penal del Enemigo a fin de determinar si la sobrecriminalización de las conductas delictuosas y el aumento de penas han logrado el resultado esperado por nuestra sociedad y si a la luz de los Derechos Humanos en relación con el principio de dignidad humana esta tipificación resulta o no violatoria y por tanto inconstitucional.

La criminalidad aumenta cada día y se hace más evidente la alarma social que esta provoca en las personas, lo primero que se ofrece desde el sector político es una serie de reformas sustanciales a los Códigos Penales, Procesales y Penitenciarios, olvidando que los males sociales no los resuelven cambios legislativos; hay que trabajar sobre los efectos que produce la normativa penal en la sociedad en general y no sobre la causa del problema, es decir, el delito.



CAPITULO PRIMERO.

1. TEORIA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

1.1. ANTECEDENTES FILOSOFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

1.1.1. SANTO TOMAS DE AQUINO.

Santo Tomás de Aquino autor de la obra “La Summa Teológica” sostiene que:

Todo poder correctivo y sancionario proviene de Dios, quién lo delega a la sociedad de hombres; por lo cual el poder público está facultado como representante divino, para imponer toda clase de sanciones jurídicas debidamente instituidas con el objeto de defender la salud de la sociedad. De la misma manera que es conveniente y lícito amputar un miembro putrefacto para salvar la salud del resto del cuerpo, de la misma manera lo es también eliminar al criminal mediante la pena de muerte para salvar al resto de la sociedad (Aquino, 448).

A partir de la doctrina expuesta por Tomás de Aquino, se interpreta que en el objetivo de alcanzar la justicia se puede en determinados casos autorizar la exclusión del delincuente de la sociedad, a fin de preservar la integridad de los demás miembros. Lo cual permite vincular este pensamiento con el postulado del Derecho Penal del Enemigo propuesto por Jakobs; quien en líneas generales realiza una diferencia conceptual entre ciudadano y no ciudadano otorgando esta última categoría a ciertos delincuentes considerados enemigos sociales, “ (...) que es interceptado muy pronto en el estado previo y al que se le combate por su peligrosidad” (Jakobs, 31) con diferencia del ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar; por tanto en el caso del no ciudadano (enemigo) no se espera la manifestación del hecho



para intervenir penalmente, sino que es posible la intervención previa sobre el delincuente para evitar futuros daños y conservar así la seguridad social.

En este sentido, el concepto de peligrosidad expuesto por Jakobs se asemeja al pensamiento de Tomás de Aquino, esto es, que para evitar que el enemigo cometa otros daños, es lícito recluirlo, por ello Jakobs considera que “(...) el lugar del daño actual a la vigencia de la norma es ocupado por el peligro de daños futuros: una regulación propia del Derecho Penal del Enemigo” (Jakobs, 36). Tomás de Aquino afirma, asimismo en la Summa Teológica Parte I, cuestión 65 que “a ninguna cosa se le niega una dignidad que le corresponde por naturaleza, como no sea por su culpa”. Muestra que el don natural de la dignidad humana puede perderse de manera culpable y deliberada. Al respecto se pronuncia:

El hombre pecando descende en la dignidad de su naturaleza, el hombre por el pecado decae de la dignidad de la razón, y el que obra contra razón se compara a los seres irracionales. El hombre cuando se aleja de la dignidad humana es tratado como un animal racional.

De modo explícito para Tomás de Aquino la dignidad humana, que naturalmente se posee como una disposición a obrar de acuerdo a la razón, puede perderse actuando en contra la razón. Su comportamiento se equipara al de un animal, pues se mueve por un apetitivo sensorial instintivo, con diferencia que en el individuo su voluntad está dirigida con el fin, de hacer el mal.

1.1.2. THOMAS HOBBS.

La doctrina del Derecho Penal del Enemigo toma a Hobbes como uno de sus precursores. En efecto, Hobbes sostuvo que cada hombre en el estado de naturaleza debía ser el único juez de los medios necesarios para su propia conservación por lo que en este estado “cada quién tenía derecho a todo, era una guerra de todos contra todos” (Hobbes, 153); pero nadie estaba seguro en ese estado de naturaleza, por lo que para asegurar su propia conservación, el hombre estaba obligado a buscar la paz y defenderse contra aquellos que no la brindaban; para ello cada quién debía prescindir de su derecho a todas las



cosas, cuando los demás también estuvieran dispuesto a hacerlo, debiendo conformarse con tanta libertad contra los demás como él permitiera a los demás en contra de sí mismo; esta mutua cesión de derechos se lograba con el denominado pacto social. Este pacto de unión descrito por Hobbes, es uno de sumisión en el que los contratantes son individuos singulares vinculados entre sí que se comprometen recíprocamente ante un tercero no contratante. Advirtiéndose que todo aquél que no participe en el pacto permanece en estado de guerra y por tanto, era considerado enemigo de los demás. No obstante, se planteaba que todo aquél que vivía en una República aceptando la protección del gobierno, tácitamente entraba en el pacto. Mediante este pacto los súbditos adquirían el compromiso de cumplir las leyes civiles dictadas por el soberano, por el temor a que los castigos a imponérseles eran peores a la conducta quebrantada.

Con la aparición del Estado se supera el estado de naturaleza y los individuos adquieren el estatus de ciudadanos. Sin embargo sólo se consideraba como súbditos o ciudadanos a quienes en virtud de su renuncia a su derecho a todo y de su transferencia de algunos de sus derechos al Estado, se han obligado a prestar obediencia a las leyes civiles del Estado y se sienten vinculados por ese deber de obediencia aun cuando eventualmente puedan transgredir aquellas leyes civiles por causas que se encuentran relacionadas a la propia naturaleza del hombre. Sin embargo, sólo con el pacto de observancia de las leyes no está garantizada la seguridad, pues ya “se sabe por una sobrada experiencia lo poco que los hombres cumplen sus obligaciones en virtud de sus promesas”; de ahí resulta entonces, que “(...) hay que velar por la seguridad no con pactos sino con castigos”, y que sólo se habrá garantizado aquélla efectivamente “cuando toda injuria tenga castigos tales que claramente resulte peor haberla hecho que no” (Hobbes, 57).

Jakobs encuentra en el pensamiento de Hobbes que para éste “no es el contrato el que fundamenta las obligaciones, sino el hecho a él vinculado o previo a él, de sometimiento que es irreversible” (Jakobs, 25). “Entonces la fuente del orden estatal no es el contrato fundacional, sino el aparato coactivo que se encuentra inserto en ese orden legal. Este sometimiento a la institucionalidad permite alcanzar la ansiada seguridad” (Hobbes, 161).



Asimismo “quién quebrantaba su pacto no puede ser tolerado en ninguna sociedad y quién pretendiera retener más bienes de los que necesita frente a los que verdaderamente los requieren, debía ser abandonado o expulsado de la sociedad como hostil a ella” (Hobbes, 156).

Existe una coincidencia de criterios entre el filósofo Carl Joachim Friedrich y el profesor Luis Gracia Martín, en cuanto ambos afirman que Thomas Hobbes: “(...) explícitamente no postula ninguna disminución de las garantías procesales para los enemigos” (Gracia, 18), hecho que considero relevante pues contrasta con la doctrina del Derecho Penal del Enemigo que como pilar fundamental tiene esa disminución de garantías para procesar penalmente a los enemigos.

1.1.3. JEAN JACQUES ROUSSEAU.

Rousseau plantea la idea de la sociedad como ente colectivo que agrupa personas e instituciones, que descansa sobre un régimen normativo el que debe ser cumplido y respetado todos quienes lo conforman; por ello, hablamos de un “orden social y jurídico” sobre el que se desarrolla el ser humano. En efecto, Rousseau en su obra el “Contrato Social”, elaboró un plan que describía la esencia y funcionamiento de las instituciones políticas, definiendo el orden social como “un derecho sagrado que sirve de base a todos los restantes. Mas este derecho no procede de la naturaleza, sino se fundamenta en convenciones” (Rousseau, 4). En otras palabras, para Rousseau existe un orden jurídico porque cada miembro de la sociedad se compromete en respetar las leyes; entonces frente al individuo que incumple este pacto y que con su conducta lesiona los bienes jurídicos del resto de los individuos, encontramos la figura del enemigo social.

Rousseau, en un primer momento, parece reconocer como “enemigos” a determinados delincuentes, negándoles la condición de personas morales o de ciudadanos. Todo malhechor dice Rousseau:

Al atacar el Derecho Social, se convierte por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; deja de ser miembro de ella al violar sus leyes, y hasta le hace la guerra. Entonces, la conservación del Estado es



incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y cuando se da muerte al culpable, es menos como ciudadano que como enemigo (Jakobs, 52).

La transgresión de la ley por un individuo deberá ser analizada desde un criterio de proporcionalidad y de justicia, esto es, que “la conducta del enemigo al no reconocer ni respetar el derecho de los demás como personas, lesiona jurídicamente los intereses colectivos, por lo que esta conducta debe ser combatida reprimida o neutralizada de manera especialmente asegurativa” (Polaino, 51). La consecuencia que va a generar una conducta lesiva, es que el Estado adopte medidas en salvaguarda de los intereses del resto de los ciudadanos, así es como el Derecho Penal, como materia especial, va a determinar quién es el enemigo.

Frente a la actitud del Estado en protección de los intereses de la colectividad, es preciso tener en cuenta que “en efecto, cada individuo puede, en cuanto hombre, tener una voluntad particular contraria o diferente a la voluntad general que tiene cada ciudadano” (Rosseau, 18). Para Rosseau la solución frente al individuo que ha lesionado los bienes jurídicos es la expulsión del infractor de la ley, porque lo que va a pesar en contraposición es el interés colectivo del ser humano de desarrollarse dentro de un Estado que garantice su seguridad.

1.1.4. IMMANUEL KANT.

Kant también argumentó a favor del Derecho Penal del Enemigo, así lo señala Jakobs al referirse a la vinculación que existe entre: derecho-individuo-coacción-enemigo y señala: “En la construcción de Kant, toda persona se encuentra autorizada para obligar a cualquier otra persona a entrar en una constitución ciudadana” (Jakobs, 23).

Kant en su obra “La Paz Perpetua” al referirse al enemigo señala:

Pero el hombre o el pueblo que se halla en el estado de naturaleza no da esas garantías y hasta lesiona por el mero hecho de hallarse en ese estado de naturaleza, en efecto, está junto a mí y aunque no me hostiliza activamente, es para mí la anarquía de su estado- estatuto



injusto- una perpetua amenaza. Yo puedo obligarle o bien a entrar conmigo a un estado legal común o a apartarse de mi lado (Kant, 221).

1.1.5. JOHANN GOTTLIEB FICHTE.

Fichte vinculó el contrato social con el contrato de protección, afirmando que este último obligaba a los ciudadanos a tutelar activa y positivamente sus recíprocos derechos, puesto que para el autor, el individuo es el único titular de los derechos que le corresponden por su intrínseca esencia, por lo que correspondía al Estado solamente protegerlos, formulando al respecto el siguiente pronunciamiento: "(...) quien lesiona el contrato ciudadano en un punto donde en el contrato se contaba con su prudencia, sea voluntariamente o por imprevisión, pierde estrictamente de ese modo todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y queda completamente privado de derechos" (Fichte, 253).

Es preciso manifestar que para Fichte, el contrato social es concebido como un pacto de simple abstención, es decir, es un pacto de no agresión entre los ciudadanos; mientras que el contrato de protección propuesto por este autor es un pacto más fuerte que el contrato social, puesto que el compromiso de proteger los derechos no es solamente entre los ciudadanos sino que además es del Estado frente a los ciudadanos.

Se debe tener en cuenta también que para Fichte los derechos originarios son anteriores al Estado, son innatos y de carácter iusnaturalista: la libertad física, la propiedad, la conservación de la persona. Por tanto estos derechos son inherentes al individuo, y de esta forma, no es concebible la idea de que Fichte aprobara que se restringiera el derecho a la libertad física y el de la conservación de la persona por parte del Estado, para que éste pueda subsistir como así pretende la teoría del Derecho Penal del Enemigo; más aún si Fichte ha manifestado claramente que el Estado es el encargado de proteger tales derechos.

1.2. EL DERECHO PENAL DEL CIUDADANO Y EL DERECHO PENAL DEL NO CIUDADANO- ENEMIGO.

Según Claus Roxin, un Estado Constitucional de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal. Comparto su criterio pues el ordenamiento jurídico no sólo debe preocuparse de establecer las consecuencias jurídicas para aquellas personas que vulneran bienes jurídicos, sino también de establecer los límites de la potestad punitiva del Estado que representa el “ius puniendi”, en busca de que el hecho justiciable no quede desprotegido ante posibles abusos estatales, policiales o incluso judiciales. El Estado, para ello brinda a sus habitantes las llamadas garantías constitucionales como instrumentos de protección.

El Derecho Penal Ecuatoriano en este contexto dentro de su normativa tiene innegablemente la concurrencia de dos tendencias plenamente diferenciadas: una referida a los ciudadanos en general, y otra, a los no ciudadanos o enemigos en particular. Ello, a partir de la distinción entre las formas de actuación ya sea en cuanto a la intensidad punitiva, la restricción de garantías, la flexibilización de los límites establecidos por el principio de legalidad y la diversificación de las funciones vinculadas con la pena.

Antes de que Gunther Jakobs planteara el término “Derecho Penal del Enemigo” en su ponencia denominada “Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico” ya existía en el Derecho Penal Ecuatoriano ciertas normas con características particulares referidas a la peligrosidad del autor de un ilícito. La existencia de múltiples hechos vinculados en nuestra sociedad evidencian una progresiva intensificación de la peligrosidad de algunos sectores sociales o grupos de sujetos, tales como el terrorismo, el narcotráfico, los secuestros, la violencia sexual de menores, las organizaciones criminales, entre otros, los cuales han sido acompañados del fenómeno de la globalización, la tecnología y las comunicaciones modernas. Tales fenómenos han traído como consecuencia la expedición de normas penales excepcionales, cada vez con una mayor connotación e importancia y es partir del atentado terrorista del 11 de septiembre del 2001, con la destrucción de las Torres



Gemelas del World Trade Center de New York, en donde el término “Derecho Penal del Enemigo” toma la importancia y trascendencia que hoy en día se le otorga. Sin embargo es preciso aclarar que el Derecho Penal del Enemigo ha existido siempre con ese nombre o con otro. Es así que Jakobs ha bautizado con esa denominación no un fenómeno propuesto por él, sino un fenómeno realmente existente desde hace varias décadas, de tal manera que varios sectores de la doctrina han reconocido la existencia de un conjunto de normas de excepción que regulan un sector de la actuación del sistema penal y que se distancia del Derecho Penal ordinario y común.

Autores como Francisco Muñoz Conde, manifiesta: “Nadie niega pues, la existencia del Derecho Penal del Enemigo, lo que se cuestiona es si éste es o no compatible con el sistema del Estado Constitucional del Derecho y el reconocimiento y respeto de los Derechos Fundamentales” (Muñoz, 339). Asimismo Silva Sánchez sostiene “(...) constatada la existencia real de un derecho penal de tales características, sobre lo que no parece que pueda plantearse duda alguna, la discusión fundamental versa sobre la legitimidad del mismo” (Silva, 166) y por otro lado, la opinión de Luis Gracia Martín: “No obstante parece reconocerse por todos la existencia real de un corpus legal de enemigos en el Derecho Penal y Procesal Penal de la actualidad” (Gracia, 3). En definitiva, la doctrina en general no discute la existencia del Derecho Penal del Enemigo, sino su legitimidad o su compatibilidad con el Estado Constitucional de Derecho.

Las normas propuestas por esta teoría se construyen a partir del reconocimiento de un Derecho Penal general, común, ordinario, que es denominado como Derecho Penal de Ciudadanos y un Derecho Penal de No ciudadanos. En efecto Jakobs manifiesta:

El Derecho Penal del Ciudadano define y sanciona delitos, o infracciones de normas, que llevan a cabo los ciudadanos de un modo incidental, el ciudadano es una persona que mediante su conducta ha dañado la vigencia de la norma, el autor ofrece garantías de que se conducirá como ciudadano fiel al ordenamiento jurídico. Los enemigos son individuos que en su actitud, en su vida económica o mediante su



incorporación a una organización, se ha apartado del derecho de un modo presumiblemente duradero (no incidental) y por lo tanto no garantiza la mínima seguridad cognitiva (Gracia, 5).

Marcada diferencia existen entre un hecho delictivo cometido por un ciudadano y un no ciudadano o enemigo. Puesto que los considerados “enemigos” son individuos que en su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización, se han apartado del Derecho de un modo permanente, y por ello, no garantizan la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal. Las actividades y la ocupación profesional de estos individuos no van de acuerdo al ámbito de relaciones sociales legítimas, sino que aquéllas son más bien la clara expresión de la vinculación a una organización estructurada que opera contraria al Derecho y que está dedicada a actividades “delictivas” “ilícitas”. Este es el caso, por ejemplo, de los individuos que pertenecen a organizaciones terroristas, de narcotráfico, de tráfico de personas, etc. y, en general, lo que se denomina la criminalidad organizada. Como aclara Silva Sánchez:

El tránsito del “ciudadano” al “enemigo” se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas y en ese tránsito, más allá del significado de cada hecho delictivo concreto, se manifestaría una dimensión fáctica de peligrosidad a la que habría que hacer frente de un modo expeditivo (Silva, 164).

Pero ¿por qué identificar a esta nueva materia y conjunto de normas excepcionales como Derecho Penal del Enemigo? El autor Polaino Orts manifiesta que a esta materia podría habersele llamado también: “Derecho Penal de la Peligrosidad Criminal, Derecho Penal de Prevención, o Derecho Penal de Protección o defensa de peligros” (Polaino, 189), pero en realidad la denominación dada por Jakobs no es lo más importante en sí misma, sino su importancia está en que refleja la descripción de un fenómeno presente en la realidad social desde muchos años atrás, con sus características propias tales como el adelantamiento de la punición, la introducción de criterios de peligrosidad, la reducción de garantías y el incremento de penas y así



determinar si esta normativa afecta a las garantías constitucionales de los individuos.

Jakobs manifiesta que existen marcadas diferencias entre el Derecho Penal del Ciudadano y el Derecho Penal del Enemigo, especialmente en lo que se refiere a su finalidad:

Mientras que la pena en el Derecho Penal del Ciudadano cumple una función esencialmente comunicativa o simbólica, en el Derecho Penal del Enemigo la pena contiene un rasgo más energético o coactivo de aseguramiento futuro, de manera que el enfoque es más prospectivo que retrospectivo, se dirige a la evitación de peligros futuros (Polaino, 43).

Podríamos considerar entonces que en el Derecho Penal del Enemigo el Estado combate a determinados sujetos que amenazan a la sociedad en forma grave y reiterada a través de su conducta peligrosa, aplicándoles penas dirigidas a evitar el cometimiento de hechos futuros, y no a la sanción de los hechos cometidos. Mientras que el ciudadano comunica acciones delictivas defectuosas pero reparables, el enemigo con su conducta pone en peligro la estabilidad del sistema en general.

El fin del Estado, según Jakobs no consiste en alcanzar la mayor seguridad posible en relación a los bienes tutelados, sino en la efectiva y real vigencia del ordenamiento jurídico. Sólo ello hace posible a través de la libertad. La vigencia real del Derecho contrasta con su vigencia postulada. En el primero de los casos, las normas efectivamente funcionan como prescripciones que orientan el comportamiento de sus destinatarios, mientras que en el segundo, no existe certeza jurídica para la libertad.

La vigencia real del Derecho en criterio de Jakobs resiste contravenciones, en tanto estas sean consideradas como tales, mediante el empleo de la sanción como reafirmación de la vigencia del Derecho. Formaría entonces, parte de la vigencia real del Derecho, la existencia de un apoyo cognitivo de las normas, esto es la disposición interna de los sujetos normativos a su cumplimiento y la comunión de



aquellos con las valoraciones portadas por la norma manifestada en la ponderación positiva de los bienes protegidos por el Derecho (Cancio, 370).

El apoyo cognitivo es una prestación inherente únicamente a los sujetos normativos y sin ella, se diluye la expectativa de vigencia real contenida en toda norma. En este contexto, las contravenciones eventuales de la norma no implican una negación general de la vigencia del Derecho ni configuran una presunción de que el infractor ha renunciado de forma irrevocable al comportamiento conforme a Derecho (ciudadano). Sin embargo, la expectativa de comportamientos correctos no puede ser mantenida de manera indefinida ante la evidencia de múltiples contravenciones. Por el contrario afirma categóricamente el jurista alemán “el Estado no debe insistir ilimitadamente en la expectativa de cumplimiento ante contravenciones sostenidas puesto que debe ocuparse de la vigencia real del Derecho, por lo que ha de proceder contra los quebrantamientos del Derecho cuya próxima comisión se percibe” (Jakobs, 37). En este contexto, sería posible distinguir entre diversas categorías de sujetos normativos: unos respecto de los cuales una contravención no desvirtúa la expectativa de comportamiento futuro conforme a Derecho (ciudadanos) y otros cuyas contravenciones si lo hacen (no ciudadanos).

Este razonamiento, impacta profundamente en el concepto de persona y más específicamente en su fundamento y en la finalidad asignada a la sanción penal. Para el argumento que maneja un sector de la doctrina, la noción de persona descansa en una base positiva, contractualista y utilitarista, no responde a un postulado ontológico, sino es producto de la confluencia de ciertas condiciones, entre ellas, un compromiso de fidelidad al ordenamiento jurídico y su vinculación al contrato social. Quién no lo manifiesta, no sería considerado persona ni ciudadano, sino enemigo, es decir, no persona.

1.3. CONCEPTUALIZACION DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

1.3.1. GENERALIDADES.

Los acontecimientos históricos demuestra con claridad cómo los regímenes políticos totalitarios (generalmente criminales) etiquetan y estigmatizan



precisamente como “enemigos” a los disidentes y a los discrepantes, y como ellos son quienes dictan las leyes penales, lo hacen sin contenido alguno de justicia estableciendo más bien dispositivos y mecanismos de “guerra” contra los etiquetados como “enemigos”, es decir buscar su represión. Al respecto tenemos el Proyecto de Ley Nacional socialista sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad, o la denominada “Ley de represión de la masonería y el comunismo” del 29 de marzo de 1941, promulgada en España por la dictadura fascista de Franco. A razón de aquello, la carga emocional que conlleva la etiqueta de “enemigo” implica desde ya un rechazo a este “Derecho Penal del Enemigo” en sociedades como la nuestra que se configura en un sentido formal como democráticamente estructuradas y que están conformadas por los valores de libertad, tolerancia e igualdad.

El penalista alemán Gunther Jakobs, titular de la teoría del “Derecho Penal del Enemigo” había introducido esta doctrina al mundo jurídico-penal por primera vez en 1985 en la jornada de penalistas alemanes celebrada en Frankfurt; en el año 1999 volvió a utilizarla en una conferencia en España; en el año 2000 en el Congreso de Berlín y en el año 2001 en una conferencia tras los atentados del 11 de Septiembre contra el Pentágono y las Torres Gemelas de Nueva York. Es así que Jakobs marcó una posición que fue seguida por otros juristas quienes comparten en “la necesidad de reacción frente al peligro que emana de una conducta reiterativa contraria a la norma” (Jakobs, 30). La noción de Derecho Penal del Enemigo propuesta por Jakobs en la primera aproximación fue considerablemente más amplia (incluyendo sectores de regulación más próximos al “Derecho Penal de la puesta en riesgo” o delitos de nueva introducción dentro del sector de la actividad económica) mientras que la segunda y tercera fase, estuvieron más orientadas a delitos graves contra bienes jurídicos individuales (terrorismo). Dentro del Derecho Penal del Enemigo como afirma Manuel Cancio Meliá existe un cambio de paradigma en cuanto al punto de partida para la valoración jurídico-penal, pues ya no es el hecho del autor lo que ha de servir de base para la valoración (regla general), sino ciertas características referidas al *modus vivendi* del autor, de este modo ha de valorarse la personalidad del autor, convirtiéndose el Derecho Penal del Enemigo en un verdadero Derecho Penal de Autor.



La similitud entre el delincuente y un enemigo plantea las siguientes interrogantes: ¿quién establece esa característica de “enemigo”?; ¿es irrelevante la lesión a un bien jurídico a través de esta normativa? ¿Cuáles serían los límites de este Derecho Penal del Enemigo? ¿Es compatible esta teoría con el Estado Constitucional de Derecho y con los pactos internacionales suscritos por el Estado Ecuatoriano? ¿Cómo se neutralizaría a esos “enemigos”?

1.3.2. CONCEPTO.

Partiendo de lo expuesto por Gunther Jakobs, se trata de una legislación de guerra contra el enemigo, cuyo único fin sería la exclusión del individuo frente al potencial peligro que implica su actitud frente al orden jurídico. “Es la regulación jurídica de la exclusión de los enemigos, la cual se justifica en tanto y en cuanto éstos son actualmente no personas y conceptualmente hace pensar en una guerra cuyo alcance, limitado o total, depende de todo aquello que se teme de ellos” (Gracia, 8).

La terminología “Derecho Penal del Enemigo” surge a partir de la observación que realiza Jakobs de su entorno social y jurídico, respecto a la:

Reacción de los Estados democráticos modernos, frente a determinados supuestos de especial peligrosidad, que precisamente por conmover las bases de la convivencia social, adelantan las barreras de la punición a un estado previo a la lesión del bien jurídico o se reducen proporcionalmente las penas a ese adelanto, se sanciona la preparación o la tentativa como si ya fuera consumación, o se tipifican delitos de peligro abstracto (Polaino, 190).

Manuel Cancio Meliá, se pronuncia al contrario manifestando que se trata más bien de “un instrumento idóneo para describir un determinado ámbito de gran relevancia del actual desarrollo de los ordenamientos jurídicos penales” (Cancio, 42). Esta modalidad de Derecho podría interpretarse como un Derecho de las medidas de seguridad aplicables a imputables peligrosos por su condición de tal.

Un antecedente de este fenómeno, y que mantiene cierto paralelismo es el Derecho Penal de la Peligrosidad Criminal surgido a finales del siglo XIX, cuya



denominación fue utilizada por Franz von Liszt, representante de la Teoría de la Prevención Especial en la ciencia alemana del Derecho Penal, como un programa político criminal que “surgió de la prevención especial del delincuente peligroso frente a la insuficiencia de la pena retributiva” (Polaino, 229). La concepción reside en que “la prevención especial puede actuar de tres formas: asegurando a la comunidad frente a los delincuentes mediante el encierro de éstos; intimidando al autor mediante la pena para que no cometa futuros delitos; y preservándola de la reincidencia mediante su corrección” (Roxin, 86).

La Teoría de la Prevención Especial de von Liszt centra su estudio en que “el fin de la pena apunta a la prevención que va dirigida al autor individual (especial)” en tanto que la Teoría de Prevención General señala: “no ve el fin de la pena en la retribución ni en su influencia sobre el autor, sino en la influencia sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartadas de su violación” (Roxin, 86).

Otra conceptualización paralela a la formulada por Jakobs, es la que plantea Silva Sánchez, quién manifiesta que el “Derecho Penal de Tercera Velocidad constituye una propuesta político criminal fácilmente vinculable al concepto de Derecho Penal del Enemigo” (Silva, 24). Vinculación que la encontramos en dos aspectos relevantes: la primera, que ambos apuntan para una “criminalidad muy distinta” (delitos contra la libertad sexual violentos y reiterados, la criminalidad organizada, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, etc.), por cuanto la intervención del Derecho Penal debe ser más riguroso e implacable al momento de decidir sobre las sanciones y penas a imponer en estos casos, y, como segundo aspecto coincidente: la peligrosidad del sujeto como elemento determinante de la legislación.

Esta tercera velocidad exasperadora de la intervención penal en ciertos ámbitos sociales se produce dentro de un discurso sobre el Derecho Penal de la Sociedad de Riesgo que acaba de proponer para las nuevas formas de delincuencia ligadas a la sociedad tecnológica y a la criminalidad de los poderosos (Silva, 45).

De lo que se puede colegir que:



El Derecho Penal de la tercera velocidad introduce como motivos determinantes de su existencia, la convivencia de reaccionar energicamente frente a las conductas especialmente graves por suponer una negación frontal de los principios políticos o socioeconómicos básicos de nuestro modelo de convivencia (Silva, 25).

En España, Silva Sánchez ha incorporado el fenómeno del Derecho Penal del Enemigo en su propia concepción político-criminal. De acuerdo con su perspectiva, en el momento actual se están diferenciando claramente dos "velocidades" en el marco del ordenamiento jurídico-penal: la primera velocidad es el sector del ordenamiento en el que se imponen penas privativas de libertad, y en el que, según Silva Sánchez, deben mantenerse los principios político-criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos. La segunda velocidad está conformada por aquellas infracciones en las que se imponen sólo penas pecuniarias o privativas de derechos y en las que es posible flexibilizar levemente los principios y reglas clásicas. En este contexto aparece el Derecho Penal del Enemigo como "tercera velocidad", en el que coexistirían la imposición de penas privativas de libertad y, a pesar de su presencia, la plena flexibilización de los principios político-criminales y las reglas de imputación.

Por su parte el penalista alemán Edmund Mezger, en 1943 elaboró un proyecto de ley para el régimen nacional socialista sobre el tratamiento de los "extraños a la comunidad", puntualizando que:

En el futuro habrá dos o más Derechos Penales:

- Un Derecho Penal para la generalidad en el que en esencia seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora y,
- Un Derecho Penal completamente diferente para grupos especiales y determinadas personas, como por ejemplo los delincuentes por tendencia. Lo decisivo es en que grupo debe incluirse a la persona en cuestión una vez que se realice la inclusión, el derecho especial, es decir la reclusión por tiempo indefinido deberá aplicarse sin límites y desde ese momento carecen de objeto todas las diferenciaciones jurídicas (Muñoz, 359).



Cancio Meliá además precisa que:

El concepto de Derecho Penal del Enemigo constituye una contradicción en los términos” por lo que para éste autor, no forma parte del concepto del Derecho Penal Ordinario, por dos razones:

- 1) “El Derecho Penal del Enemigo no estabiliza normas (prevención general positiva), sin demonizar determinados grupos de infractores, de manera que dichas normas resultan internamente disfuncionales.
- 2) El Derecho Penal del Enemigo no es un Derecho Penal del hecho, sino del autor (Jakobs, 66).

El Derecho Penal del Enemigo, por tanto, puede conceptualizarse como una parte del ordenamiento jurídico penal caracterizado por tener a la peligrosidad como su principal presupuesto, por su excepcionalidad en cuanto a los sujetos a los que se orienta la tipificación y por pretender garantizar la seguridad cognitiva como condición de la vigencia de la norma. Considero también que el Derecho Penal del Enemigo puede ser definido como un conjunto de normas de carácter especial, que apartándose del Derecho Penal tradicional y garantista, concentra su acción en el sujeto peligroso, caracterizado por su peligrosidad, reincidencia, habitualidad y pertenencia a una organización permanente; motivo por el que el Estado como sociedad organizada en busca de seguridad responde frente a los delitos graves con normas y leyes severas.

1.4. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

El Derecho Penal del Enemigo presenta las siguientes características:

- 1) **Adelantamiento de las barreras de punición:** Uno de los rasgos característicos de la legislación penal del enemigo es el adelantamiento de la barrera de punición, en el sentido de autorizar la imposición de una sanción penal aunque no se haya producido aún la afectación de un bien jurídico. Su contenido ya no es la comisión de hechos delictivos concretos y determinados, sino cualquier conducta motivada por la pertenencia a una organización delictiva que opera fuera del Derecho. La utilización de este mecanismo de represión penal entra en conflicto con el llamado principio de



lesividad u ofensividad, el cual se encuentra expresamente contemplado en el artículo 22 del Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano, conforme a este principio, la pena requiere necesariamente de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Desde un estricto punto de vista el principio de lesividad difícilmente podría legitimar un adelantamiento de las barreras de punición, ya que no sería posible castigar una conducta preparatoria que no ha realizado aún la conducta propiamente lesiva.

Quienes defienden la teoría del Derecho Penal del Enemigo se pronuncian en defensa manifestando que esta particularidad no afecta el principio de lesividad; en virtud de que se construyen conceptualmente bienes jurídicos supraindividuales como la seguridad o tranquilidad pública, en donde se puede incluir todo lo que se quiera, por tanto permitiría justificar la punición de actos preparatorios que aún no han puesto en peligro o lesionado algún interés individual. Partiendo de la Teoría General del Derecho Penal, esta fundamentación carece de sentido; sin embargo la única alternativa posible sería reinterpretar el propio concepto del delito y, por lo tanto, de lesividad. En efecto, si el delito deja de entenderse como una lesión de intereses empíricamente individualizables (concepción aceptada) y pasa a ser interpretado como la defraudación de expectativas sociales respecto de bienes jurídicos, esta propuesta adquiere evidentemente una justificación razonable. De manera que si formar un grupo terrorista, constituyen de por sí hechos socialmente intolerables, la intervención penal en estos ámbitos de actuación podrá quedar completamente justificada.

- 2) Desproporcionalidad de las penas:** La desproporcionalidad de las penas aplicables, de conformidad con esta teoría tiene una doble connotación: Por una lado, la punibilidad de actos preparatorios no está acompañada de ninguna reducción de la pena con respecto a la fijada para los hechos consumados; y por otra, la pertenencia del autor a una organización delictiva es tomada en cuenta para establecer agravantes considerables y desproporcionadas respecto



de hechos delictivos concretos que realicen los individuos en el ejercicio de su actividad habitual o profesional al servicio de dicha organización. Las penas privativas de libertad a imponerse deben ajustar su duración a la gravedad de la infracción penal de acuerdo al principio de proporcionalidad reconocido en el artículo 76 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador. Para determinar la proporcionalidad de una pena hay que someterla a un test que determine su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Es claro que actualmente la legislación penal ecuatoriana introduce nuevas reformas orientadas a proteger más (mayor número de conductas son las que se prohíben) y con mayor severidad (el tiempo de las penas tienden a aumentar), es decir, más bienes son los que se protegen, lo que supone la creación de nuevos bienes jurídico penales y mayor rigurosidad en la sanción para las conductas ya previstas.

3) **Restricción de garantías materiales, procesales y penitenciarias**

del acusado: El punto más cuestionado y que es motivo de amplías críticas es el referido a la restricción de diversas garantías y beneficios de carácter sustantivo, procesal o penitenciario vinculado con el denominado “enemigo”. El hecho de que la legislación penal del enemigo autorice, por ejemplo, un plazo de detención policial mayor al ordinario, la posibilidad de incomunicar al detenido, la licitud y admisibilidad de la prueba, la intervención de las comunicaciones, la investigación clandestina, la interpretación restrictiva del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, privar al condenado de algunos beneficios penitenciarios, permitir el asesinato o la muerte de inocentes (daño colateral); todo ello con la intención de destruir la fuente de peligros futuros, genera en primer momento un total rechazo por parte los defensores del Derecho Penal garantista argumentando la ilegitimidad de una legislación penal que restringe garantías jurídico-penales. Por su parte el principio de presunción de inocencia, resulta un límite frente al legislador, que actúa



paralelamente y en coordinación con el principio de culpabilidad, evitando normas penales que concreten sus contenidos sobre presunciones de culpabilidad o de realización de determinados hechos, este principio se desvanece al negar al “enemigo” cualquier capacidad jurídica para defenderse, pues al momento de identificarlo como un “no ciudadano” (fuente de peligro) sus derechos y en especial este principio desaparecen.

A partir de los postulados de Beccaria a finales del siglo XVIII, el sistema penitenciario se orientó hacia:

(...) La humanización de las condenas, a la higiene en los reclusorios, la separación de los presos, los alimentos suficientes y sobre todo los programas de readaptación social, con el fin de reinsertar al hombre en sociedad, actualmente el sistema penitenciario prolifera la mala alimentación de los presos, el hacinamiento, la sobrepoblación, el tráfico de drogas, por lo que la prisión se vuelve un ejercicio retributivo, al no generar las expectativas que la sociedad exige, la prisión es retribución de un mal al mal cometido, así el Derecho Penal se potencializa de manera perversa para el reo con prácticas punitivas y totalmente represivas, con el ejemplo de las cárceles que se encuentran en Guantánamo y en medio oriente (Barba, 12).

La problemática radica en saber si la legislación penal puede limitar, en algunos casos, los derechos y garantías jurídico-penales. La Corte Constitucional Ecuatoriana ha señalado que en el Estado Constitucional de Derecho, por regla general, no hay derechos cuyo ejercicio pueda realizarse de manera absoluta, pues éstos pueden ser limitados, ya sea en atención a la necesidad de promover otros Derechos Constitucionales, ya sea porque su reconocimiento se realiza dentro de un ordenamiento en el cual existen también reconocidos una serie de principios y valores constitucionales. En consecuencia, ninguna garantía o beneficio jurídico-penal es, por



regla, general, absoluto, sino que puede ser limitado mientras se respete su contenido esencial.

- 4) **Flexibilización del principio de legalidad:** El Derecho Penal del Enemigo es caracterizado también por infringir el mandato de certeza o determinación, en la medida que establece formulaciones legales amplias e indeterminadas que no permiten precisar suficientemente y de manera clara la conducta prohibida. El llamado “mandato de certeza o determinación” establece que la ley penal debe precisar clara y suficientemente que actos constituyen la conducta delictiva, de manera tal que el ciudadano pueda saber con anterioridad el ámbito de lo punible. Se trata de una derivación del principio de legalidad, reconocido expresamente en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador. Si los tipos penales no respetan las exigencias derivadas del principio de legalidad, no podrán legitimar la imposición de sanciones penales, pues genera un ambiente de total inseguridad jurídica. La formulación *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* procede de Von Feuerbach; a este postulado legal se le asigna la consideración de hechos punibles como tipos de acción, y no como tipos de autor, se sanciona por lo que se hace, no por lo que se es, se trata de identificar los hechos constitutivos de delito a través de un examen legal bajo el ordenamiento de bienes jurídicos tutelados, dirigiendo el juicio a la ratificación de la prueba de los hechos y no de la mala interpretación o abuso sobre las personas culpables. En el caso del Derecho Penal del Enemigo este principio fundamental se ve amenazado, al castigar por lo que se es y no por lo que se hace. Sin embargo es preciso manifestar que el mandato de certeza no impone una determinación absoluta de la conducta punible, sino constituye una garantía frente a la arbitrariedad de la decisión judicial, en el sentido de establecer de manera previa criterios objetivos a la decisión judicial. Lo anteriormente expuesto permite aceptar que el mandato de certeza no rechaza el recurso a ciertas



técnicas de tipificación que facilitan la adaptación de los tipos penales al dinamismo de la realidad como son las leyes penales en blanco, la accesoriedad administrativa y las cláusulas generales o indeterminadas.

Es importante aclarar que las características señaladas deben presentarse de manera conjunta para poder hablar efectivamente de un Derecho Penal del Enemigo, pues la infracción de alguna garantía material o procesal resulta insuficiente para afirmar la existencia de una política criminal represiva. Un supuesto individualizado de infracción del principio de lesividad o de legalidad, así como la restricción de alguna garantía individual de carácter procesal no da lugar a denunciar la configuración de un Derecho Penal del Enemigo.

1.5. FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

El Derecho Penal del Enemigo es el resultado de la fusión de dos líneas del desarrollo de las legislaciones penales modernas: el Derecho Penal Simbólico y el Punitivismo. El primero de ellos refiere a la criminalización desproporcionada y oportunista que se aparta de los fines tradicionales de la pena empleando a la sanción penal como un medio para transmitir a la población señales de que existe una autoridad estatal fuerte y decidida a reaccionar con firmeza en contra de aquellos actos reprobados por la mayoría. En este contexto el término “simbólico” apunta a la intención comunicativa insertada en la norma que demuestra firmeza mediante la criminalización de ciertos actos, como única política criminal para enfrentar a los enemigos. Este Derecho Penal Simbólico a criterio de Zaffaroni se forma así:

- a) Parte de un hecho o suceso nuevo o extraordinario
- b) El reclamo de la opinión pública a la Autoridad para generar una solución ante el nuevo suceso
- c) La existencia de una sanción penal con reglas diferentes a las tradicionales del Derecho Penal Liberal (vulneración de principios de mínima intervención penal, tipos penales en blanco o de peligro)
- d) Los efectos de esta tipificación que tienden a sancionar en menos tiempo, proporcionando a la sociedad una sensación de solución y reducción del problema de la criminalidad.



Por su parte el punitivismo se describe como el proceso de introducción de nuevos tipos penales, o el endurecimiento de las disposiciones ya existentes.

En el Derecho Penal Simbólico la fuerza comunicativa de la norma se basa en la construcción de una categórica frontera que separa a los autores de las conductas criminalizadas y el resto de la sociedad. Para ello, es necesaria además la confluencia del punitivismo sobre todo cuando se trata conductas respecto de las cuales la intervención legislativa consistió en el endurecimiento de las penas de tal forma que ambas tendencias confluyen en una relación de dependencia mutua y de cuya combinación práctica surge el denominado Derecho Penal del Enemigo (Cancio, 77).

Para determinar los fundamentos del Derecho Penal del Enemigo, resulta necesario partir analizando los fundamentos del Derecho Penal del ciudadano, y así obtener las diferencias. El Derecho Penal general es una manifestación del poder punitivo del Estado, con la intención de regular las conductas de las personas y preservar el desenvolvimiento de la vida en comunidad, a partir de la identificación y tipificación de conductas que lesionan bienes jurídicos, que cuando son quebrantadas por sujetos con capacidad de autodeterminarse conforme a derecho tienen como consecuencia la imposición de una pena. A ésta se le atribuye un rol de prevención, de disuasión y/o de comunicación, cuya imposición además debe ser consecuencia de un debido proceso, en el que se haga efectivas no sólo las garantías materiales (principio de legalidad, principio de intervención mínima y principio de culpabilidad) sino también garantías procesales (presunción de inocencia, derecho de defensa, derecho a no declarar en contra de sí mismo).

El Derecho Penal del Ciudadano se fundamenta en el concepto de culpabilidad (juicio de reproche dirigido en contra del autor) a partir de la libre determinación de éste a elegir entre conducirse conforme al ordenamiento jurídico o infringirlo, siendo precisamente esta capacidad de autodeterminarse y de conducirse conforme a derecho, lo que hace que su conducta pueda ser objeto de reproche en caso de cometer un acto ilícito. Por tanto el sujeto a quien está dirigida las normas del Derecho Penal general, es aquel que actúa con su



comportamiento voluntario ha dado muestras de estar ajustado a derecho. En igual sentido, Muñoz Conde señala “actúa culpablemente quien comete un acto antijurídico pudiendo actuar de un modo distinto, es decir conforme a derecho” (Muñoz, 398), para este autor el Derecho Penal general interviene cuando quien pudiéndose conducir conforme a derecho, es decir con capacidad de discernir y en forma voluntaria, realiza libremente la conducta típica, de ello se tiene que hay culpabilidad si el sujeto estaba en posibilidad de actuar de otra manera.

Jakobs al referirse al Derecho Penal General sostiene que:

El Derecho Penal que conocemos va dirigido a ciudadanos, esto es, a aquellos individuos respecto de los cuales existe una expectativa de comportamiento personal, determinado por los derechos y deberes vigentes en la sociedad y con una actitud de fidelidad al ordenamiento jurídico (Diez, 553).

Carlos Parma por su parte observa que el sujeto en el Derecho Penal Tradicional, es aquel que cotidianamente actúa conforme a derecho, es decir, que está motivado por la norma, así señala: “solo el ciudadano se encuentra vinculado con el derecho. Por eso el delito de un ciudadano es un desliz reparable, una cuestión normal pues el criminal tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad” (Parma, 149).

Teniendo en cuenta lo manifestado por estos autores, todos coinciden al considerar la culpabilidad como un juicio de reproche que se hace al sujeto con capacidad de comprender el injusto penal y de actuar conforme a dicha comprensión; de ahí que debe existir necesariamente una vinculación entre el sujeto y el hecho ilícito. De acuerdo a esta concepción, el individuo que quebranta la norma mediante la lesión de un bien jurídico es persuadido por la imposición de la pena a fin de reconducir su comportamiento conforme al derecho; en otras palabras, el que un ciudadano haya infringido la norma no implica que la sociedad lo excluya, sino que por el contrario el Estado busca que el individuo sea reinsertado a la sociedad, razón por la cual, en este derecho, el fin de la pena es motivadora y preventiva. La pena por tanto es coacción de diversas clases; primero, en cuanto portadora de significado, de



respuesta al hecho de una persona natural en cuanto desautorización de la norma, haciendo irrelevante dicha desautorización y confirmando la vigencia norma; la pena también produce algo físico: un efecto de aseguramiento, a través de la prevención especial que supone el lapso efectivo de la pena privativa de libertad; en este ámbito, la pena no pretende significar nada sino ser efectiva, dirigiéndose no contra la persona del infractor en cuanto persona en Derecho sino contra su accionar.

Desde una perspectiva contraria, dentro del Derecho Penal se identifican normas que no tienen por fundamento el juicio de culpabilidad sino la protección de bienes jurídicos, anticipando las sanciones frente al peligro de su afectación; normas en las que la pena no tiene como función la prevención sino la sanción, normas que ponen énfasis en la condición de sujeto y no en el hecho penal; y que no se rige por los principios que inspiran el Derecho Penal tradicional, esto es: el principio de legalidad, principio de lesividad, principio de responsabilidad penal, previstos en el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano; normas que en consecuencia representan la manifestación del Derecho Penal del Enemigo. Las mismas son creadas por el Estado dentro de su Política Criminal ante el elevado índice de criminalidad, el alto número de sujetos que delinquen en forma grave y reiterada, así como la conformación de organizaciones criminales. A partir de estas normas se sancionan conductas en etapas previas a la lesión de bienes jurídicamente protegidos, se elevan las penas de ciertos tipos penales, como el terrorismo, restringiendo garantías procesales, normas que apuntan a proteger a la sociedad en su conjunto de la amenaza que significa aquellas personas que contravienen el ordenamiento jurídico y que por tanto ponen en peligro la paz social.

El tránsito del Derecho Penal general a un Derecho Penal excepcional se sustenta que la punición penal se extiende a situaciones que tienen como fundamentación la indemnidad absoluta de bienes jurídicos (contrario a la concepción tradicional) y junto a ello la progresiva identificación de infractores permanentes del ordenamiento jurídico, a quienes se les identifica como fuentes de peligro. En otras palabras el Derecho Penal del Enemigo sustenta su teoría fundamentalmente en la “peligrosidad” del sujeto, que es identificado por Jakobs como “enemigo” “no ciudadano”; así como en la obligación que



tiene el Estado de otorgar a los ciudadanos en su conjunto, una “seguridad cognitiva”, frente al peligro que significa la presencia de ellos en la sociedad.

A continuación analizamos los elementos que son fundamento de esta teoría:

- a) **Peligrosidad:** El concepto de peligrosidad del delincuente durante el transcurso del tiempo ha variado así, en la Criminología tradicional el delincuente fue estudiado como realidad bio-psicopatológica, en la que se entiende al delincuente no como un hombre común, sino que por sus rasgos morfológicos y psíquicos constituye un tipo especial con tendencia delictiva, mientras que la Criminología moderna lo estudia como unidad bio-psicosocial, en el que la investigación apunta a la conducta del agente y su entorno social. Enrico Ferri, representante de la Criminología Moderna, señala:

El delito es un fenómeno de origen complejo, a su vez biológico, físico y social. La influencia preponderante de tal o cual factor determinan las variedades bio-sociológicas del criminal, pero, es indudable que todo delito y todo delincuente es siempre el producto de la acción simultánea de condiciones biológicas, físicas y sociales (...)

Por su parte la teoría ambientalista explica la agresividad del sujeto como “el producto de las influencias del medio, de factores psicológicos culturales o sociales” (Polaino, 56). Estas dos últimas teorías comparten el criterio que la peligrosidad del sujeto encuentra su explicación en factores o condicionamientos de carácter externo, ya sean éstos sociales, culturales, económicos, educativos, etc... La Criminología como ciencia, por tanto rechaza los principios del Derecho Penal del Enemigo, en razón de que el hombre es su objeto de estudio y razón de ser; por tanto la negación de su estatus de persona, deja sin fundamento a esta ciencia. Aunque el hombre delincuente cometa los delitos más graves, nunca negará su estatus de persona, con la finalidad de que el hombre que cometió aquel delito pueda ser reintegrado a la sociedad.

Posterior al análisis criminológico para identificar al sujeto peligroso, es preciso analizar como la doctrina aborda este tema. Al efecto, para



Jakobs el “enemigo” es “quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal y no puede esperar ser tratado como persona; sino que el Estado no debe tratarlo como tal, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas” (Jakobs, 34); como vemos el autor identifica al sujeto peligroso como el “enemigo de la sociedad”, quien con su comportamiento grave y reiterado no ofrece ninguna garantía de que pueda conducirse conforme a derecho, sino por el contrario es considerado como un peligro potencial para la paz pública, de ahí se sostiene que el Estado no debe tratarlo como persona. Además para su identificación refiere que son individuos que en su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización, se han apartado de manera decidida y duradera del Derecho. De ello se interpreta que cuando Jakobs se refiere al “enemigo”, no lo hace refiriéndose a aquellas personas que circunstancialmente cometen delitos, sino para aquellos que por su habitualidad en la comisión de ilícitos penales, dan muestras de haber abandonado el derecho. En la misma línea Polaino-Orts señala “El enemigo es, en cambio, el sujeto que siendo especialmente peligroso, no presta la garantías mínima socialmente exigible para que pueda ser tratado como “persona en Derecho” produciendo una inseguridad cognitiva en su comportamiento” (Polaino, 89). Por tanto, la respuesta del Estado frente a un sujeto habitual en la comisión de delitos, no es la misma que corresponde a quien circunstancialmente comete aquellos, de ello se desprende que otorga a éstos sujetos un estatus distinto al que corresponde a los ciudadanos, es decir no deben ser tratados como personas en derecho sino como “no personas” “no ciudadanos”.

Cancio Meliá señala:

La esencia de este concepto de Derecho Penal del Enemigo está, entonces, en que constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos y que de modo paralelo a las medidas de seguridad supone tan sólo un procesamiento



desapasionado, instrumental, de determinadas fuentes de peligro especialmente significativas. Con este instrumento, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos (Jakobs, 57).

A partir de estos planteamientos se colige que la intervención del Estado frente al “enemigo” está concebida como una respuesta o reacción de combate frente al peligro que representan con relación a la sociedad. Silva Sánchez por su parte, explica que el tránsito del ciudadano al enemigo “se irá produciendo por la reincidencia, la habitualidad, la profesionalización delictiva y, finalmente, la integración a organizaciones delictivas estructuradas” (Silva, 185). Para este autor también es la actitud personal del sujeto, lo que determina su peligrosidad, es decir, será considerado sujeto peligroso o “enemigo”, quien persistentemente delinque.

A partir de estos criterios se concluye que la condición de “enemigo” se da por hechos de carácter objetivo: la reincidencia, la habitualidad y pertenencia a una organización criminal; es decir una persona será considerada “enemigo” en tanto que por su conducta la sociedad lo perciba como un peligro latente, por lo que el Estado para garantizar la coexistencia pacífica de los ciudadanos, los aparta diferenciando su acción punitiva.

Es preciso puntualizar que si bien en la Criminología tradicional el sujeto peligroso es percibido como un inimputable y descrito inicialmente como aquel sujeto que por su propia patología (deformaciones físicas) o sus condiciones de carácter económico, cultural, social es proclive al delito. Por el contrario el sujeto peligroso en el Derecho Penal del Enemigo es un sujeto con capacidad de discernimiento (ser racional) que puede determinar su conducta conforme a derecho, y como tal puede atribuírsele responsabilidad por su actuar; quien sin embargo es considerado sujeto peligroso por su actitud permanente contraria a la ley.



b) Seguridad cognitiva: El Derecho mediante la expedición de normas, reglas y principios, pretende conseguir la coexistencia pacífica de los miembros de una sociedad, asignándole al Derecho Penal una función orientadora del comportamiento de las personas en comunidad para el mantenimiento de la paz pública. Ésta función social del Derecho es cuestionada y sujeta a contradicción por quienes con su conducta han puesto de manifiesto su voluntad de alejarse del derecho; ante este evento el Estado en su rol garantizador de la seguridad pública adopta diversas medidas de carácter político a fin restablecer la vigencia de la norma quebrantada por los sujetos peligrosos. Para la vigencia de la norma, el Derecho Penal general, actúa a través de la pena como medio de comunicación, sin embargo el evidente incremento de hechos graves como el terrorismo cometidos por los denominados sujetos peligrosos, han conllevado que el Estado en su afán de restablecer la vigencia de la norma y con ello la seguridad cognitiva, amenace a sus “enemigos”. Los enemigos son individuos que rechazan por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y persiguen su destrucción; además a consecuencia de ello, denotan una especial peligrosidad para el orden jurídico y la sociedad, en virtud que tales individuos no ofrecen garantías de la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal. Dicho de otro modo:

(...) Si ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal determinado por derechos y deberes, la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente. Ello significa, para el caso de la conducta cognitiva, la aparición del individuo peligroso, del enemigo (Jakobs, 24).

Al respecto, Polaino- Orts se pronuncia: “la norma existe como norma precisamente porque existe la esperanza, la expectativa que los ciudadanos se comporten como “personas en Derecho” y respeten la norma como patrón de conductas socialmente permitidas” (Polaino, 595). A criterio de este autor la vigencia de la norma se manifiesta en el



compromiso existente entre los miembros de la sociedad, de conducirse conforme al ordenamiento legal, es por ello que al referirse al ciudadano lo hace como persona en Derecho.

Por tanto para el Derecho Penal del Enemigo, la seguridad cognitiva resultar ser su sustento, por lo que el Estado, en su afán de restablecer la vigencia de la norma, bajo criterios políticos ha intensificado la persecución penal contra los habituales y reincidentes. Más adelante el jurista alemán señala:

La exposición no sería completa si no se añadiera la siguiente reflexión: como se ha demostrado, sólo es persona quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal, y ello como consecuencia de la idea de que toda normatividad necesita de una cimentación cognitiva para poder ser real. Y de esta constatación tampoco queda excluido el ordenamiento jurídico en sí mismo: solo si es impuesto realmente, al menos a grandes rasgos, tiene una vigencia más que ideal, es decir real (Jakobs, 36).

En igual sentido Polaino-Orts al referirse a la seguridad cognitiva, manifiesta:

Desde luego, la falta de seguridad cognitiva, erosiona, dificulta e, incluso imposibilita la vida social. Tres son las consecuencias principales de la lesión de la seguridad cognitiva en el Derecho: a) se atenta contra la razonable confiabilidad en la norma como modelo de orientación social, b) se incapacita la función de la norma como medio de orientación de conductas; y c) se imposibilita la realidad de la juridicidad completa (Polaino, 129).

1.6. FUNCIONES DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

¿Para qué sirve el Derecho Penal del Enemigo? Partimos manifestando que las normas que integrantes de ésta nueva manifestación del Derecho Penal, entre ellas el tipo penal terrorismo y sus diversas circunstancias fueron



expedidas con el fin de mantener la paz pública, frente a hechos de grave criminalidad, que por su frecuencia ponen en riesgo la estructura misma del Estado.

De conformidad con la Teoría General del Derecho Penal, la norma está dirigida al sujeto, quien con su conducta diaria da muestras de fidelidad al ordenamiento jurídico y si bien puede ocasionalmente infringirla, la pena tiene una finalidad y utilidad porque genera una mejoría de la personalidad del sujeto activo del delito, busca evitar la reincidencia del reo, además tiene efecto de generar prevención general al declinar las tendencias delictivas de las demás personas que integran la sociedad, y se piensa que la pena genera seguridad ciudadana y paz social. Mientras que, aquellas normas identificadas como Derecho Penal del Enemigo, no están dirigidas al ciudadano sino a quienes no ofrece ninguna seguridad cognitiva, es decir los denominados “enemigos”, de ahí que podemos inferir que la función principal que tiene éste Derecho es la eliminación de la fuente de peligro.

Jakobs señala:

Por lo tanto, el Derecho Penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estado previo y al que se le combate su peligrosidad (...) (Jakobs, 31).

Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido (Jakobs, 40).

Jakobs resalta el hecho de que siendo el enemigo una fuente de peligro para la seguridad del propio Estado, éste no puede ser tratado como persona, sino que



debe ser combatido como enemigo-no persona, por cuanto no ofrece expectativas o garantías de que su conducta se adecuará a las expectativas de la comunidad.

Este trato riguroso se fundamenta en que la norma no sólo cumpla una función de comunicación con los miembros de la comunidad, sino también de aseguramiento de las expectativas, es decir la confianza de su vigencia, por lo que al haber quebrantado con su comportamiento la base cognitiva de la vigencia de la norma debe ser tratado no como ciudadano sino como “enemigo” “no ciudadano” “no persona”.

Sin embargo, ante los detractores de esta teoría, quienes reclaman su excesiva punibilidad; Jakobs opina que el Derecho Penal del Enemigo debe limitarse a lo necesario. ¿Y qué es lo necesario? Por tanto, resultaría necesario privar al terrorista de aquel derecho del que abusa para sus planes: la libertad de conducta. En un primer momento ésta privación de libertad suele ser suficiente para interrumpir su actividad delictiva, aunque es claro que no lo es respecto a la asociación terrorista de la que es parte. Pero Jakobs propone dar un paso más; para él resulta insuficiente lo antes expuesto, y por ello propone en ocasiones un interrogatorio más allá de los límites legales y justifica aquello formulando el siguiente planteamiento:

De acuerdo con la Ley de Seguridad Aérea Alemana es lícito derribar a una aeronave que pretenda ser usada para atacar contra vidas humanas. Así, ninguna duda cabe de que es lícito asumir la muerte de pasajeros que nada tienen que ver con el conflicto (ciudadanos no responsables). De este modo, se despersonaliza a estas víctimas civiles, ya que se les priva nada menos que de su derecho a la vida a favor de otros (Jakobs, 36).

En todo ordenamiento jurídico, sostiene Jakobs, se mantiene al enemigo dentro del Derecho por una doble razón:

El delincuente tiene el derecho de arreglarse con la sociedad, ante lo cual deberá mantener su estatus de persona; y tiene el deber de reparación, deber que emana también de su condición de persona, no



pudiendo por lo demás arbitrariamente desvincularse de la sociedad a través de su hecho (Ríos, 05).

Este trato desigual propuesto por la teoría del jurista alemán tiene sin embargo ciertos límites, conforme así se desprende de la siguiente cita del mismo autor:

El Derecho Penal del Ciudadano es el derecho de todos, el Derecho Penal del Enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra. Esta coacción puede quedar limitada en un doble sentido: En primer lugar, el Estado no necesariamente ha de excluir al enemigo de todos los derechos. En este sentido, el sujeto sometido a custodia de seguridad queda incólume en su papel de propietario de cosas. Y en segundo lugar, el Estado no tiene por qué hacer todo lo que es libre de hacer sino que puede contenerse, en especial para no cerrar la puerta a un posterior acuerdo de paz. Pero esto en nada cambia el hecho de que la medida ejecutada contra el enemigo no significa nada, sino solo coacción (Jakobs, 25).

Nótese que si bien de acuerdo al llamado Derecho Penal del Enemigo, el trato que se destina al “enemigo” es el de “no ciudadano”, esto es sólo en el plano normativo, por tanto los derechos que no tienen relación con su conducta peligrosa, por ejemplo Derechos Civiles, permanecen inalterables y además el Estado tiene la obligación de garantizarlos como a cualquier ciudadano.

En la misma línea, Polaino-Orts señala: “Del relativismo del concepto de enemigo puede extraerse consecuencias para el ámbito penal. Así, el enemigo no resulta excluido de manera absoluta del sistema, sino únicamente en el ámbito que abarque su autoexclusión” (Polaino, 600). Este autor también pone de relieve que la exclusión en el Derecho Penal del Enemigo no involucra una afectación a la totalidad de los derechos, toda vez que el llamado “enemigo” “no ciudadano” si bien en forma reducida, goza de ciertas garantías.

Gracia Martín por su parte, identifica también como función esencial del Derecho Penal del Enemigo, la exclusión del sujeto peligro, por el hecho no ofrecer seguridad cognitiva mínima al conducirse contrario a las reglas de



derecho; exclusión que sin embargo no implica la restricción de todos los derechos inherentes a la persona, sino que se limita al ámbito estrictamente necesario, su libertad. “El Derecho Penal del Enemigo es la regulación jurídica de la exclusión de los enemigos, la cual se justifica en tanto en cuanto éstos son actualmente no-personas y, conceptualmente hace pensar en una guerra cuyo alcance, limitado o total, depende de todo aquello que se teme de ellos” (Gracia, 08).

Alcócer Povis señala:

El delito desestabiliza el orden de las cosas y por ello surge para contradecirlo la pena. Ahora bien, cuando la contradicción no es suficiente, puesto que el mensaje del infractor es de una evidente carga destructiva, y contiene un plus de desestabilización, es necesaria, entonces, la eliminación del peligro; lo que da lugar al “Derecho Penal del Enemigo”. Por ello, quienes viven del delito; quienes organizan su vida sistemáticamente en torno a él; quienes nada temen de las autoridades estatales (policía, fiscales, jueces, etc.); quienes no valoran los grandes principios de una convivencia pacífica; y quienes, en definitiva cometen actos atroces de lesa humanidad, y similares, son enemigos acérrimos de la sociedad. A ellos, por considerarlos no-personas se les debe eliminar y no contradecir (Alcócer, 292).

A partir de ello se advierte que cuando en el Derecho Penal general la pena no cumple su rol de contradicción al no comunicar al infractor de la norma para que evite su conducta delictuosa, sino que por el contrario éste se encuentra direccionado en hacer del delito su modus vivendi, se hace necesario que el Estado investido de su facultad punitiva, utilice medios más duros y eficaces a fin de neutralizar al enemigo, ya no contradiciéndolo sino excluyéndolo, esto es, aplicando la teoría analizada.

1.7. FINALIDAD DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

La finalidad jurídicamente se la puede definir como “la intención o propósito que está orientado por la voluntad a conseguir algún objetivo o meta previamente



establecida” (Cabanellas, 73). Por tanto es preciso establecer que propósitos persigue el Derecho Penal del Enemigo.

Partamos manifestando que el Derecho Penal del Ciudadano y el Derecho Penal del Enemigo no comparte una finalidad determinada, sino una marcada diferencia; es así que la teoría propuesta por el jurista alemán se diferencia en sus principios constitutivos y sus reglas operativas con respecto al Derecho Penal del Ciudadano. Los principios y reglas propios del Derecho Penal del Enemigo vienen impuestos por el significado de las circunstancias fácticas que caracterizan la actividad y la posición del enemigo frente a la sociedad y se configurarían como instrumentos adecuados con la finalidad de prevenir el peligro que representa el enemigo, el cual sólo se puede alcanzar mediante su vencimiento o eliminación en la guerra desatada entre él y el Estado.

Al respecto, Jakobs sostiene que la principal finalidad de su teoría reside en la obtención de seguridad cognitiva por parte de la sociedad; manifestando que:

(....) La sociedad seguirá teniendo enemigos- visibles o con piel de cordero- deambulando por ella (...) Por ello no existe ninguna alternativa al Derecho Penal de Enemigo que sea actualmente perceptible. La seguridad cognitiva, que en el Derecho Penal de Ciudadano se puede regular de un modo simultáneo, se convierte en el Derecho Penal del Enemigo en el objetivo principal. En otras palabras, ya no se trata del mantenimiento del orden de las personas tras irritaciones sociales internas, sino que se trata del restablecimiento de unas condiciones del entorno aceptables por medio de la neutralización de aquellos que no ofrecen la garantía cognitiva mínima necesaria para que a efectos prácticos puedan ser tratados en el momento actual como personas. (Jakobs, 23).

La seguridad cognitiva es producto de las facultades intelectuales de cada ciudadano, es decir del esquema conceptual concreto a partir del cual cada persona interpreta la realidad; es evidente que el Derecho Penal del Enemigo pretende como meta u objetivo, conseguir que en el esquema mental de la sociedad se identifique el logro de la paz o tranquilidad social, a costa de “eliminar” a quienes considera que afectan o atacan al sistema, la finalidad de

este derecho es lograr la exclusión de aquellos a los que considera “enemigos” mediante la expedición de leyes de “guerra” necesarias para el restablecimiento de una seguridad amenazada por estos individuos.

Gracia Martín, siguiendo el pensamiento de Jakobs, afirma también que el fin principal del Derecho Penal del Enemigo, es la seguridad cognitiva. Manifiesta que:

No se trata ya como sucede en el Derecho Penal general de la conservación o mantenimiento del orden, sino de la producción en el entorno de condiciones soportables por medio de las cuales sean eliminados todos aquellos que no ofrecen la garantía cognitiva mínima que es necesaria para poder ser tratados como personas (Gracia, 08).

Esto es, el Derecho Penal del Enemigo pretende alcanzar y garantizar una seguridad efectiva a la sociedad por medio de la eliminación de estos agentes peligrosos, que no garantizan una mínima seguridad para los ciudadanos, por ello y para cumplir con este fin primordial el Derecho Penal del Enemigo actúa optimizando la protección de bienes jurídicos, en tanto que el Derecho Penal del Ciudadano, optimiza las esferas de libertad. Es decir, no se pretende reinserir dentro del sistema a este agente denominado “enemigo”, sino más bien se trata de eliminar toda forma de reinserción para así asegurarse que estas personas no vuelvan a cometer en el futuro hechos que pongan en peligro a la sociedad.

Es a partir del análisis a la legislación vigente, donde se advierten las características de este Derecho Penal del Enemigo, estatuyéndose normas que tipifican delitos entre ellos el terrorismo, describiendo hechos que podrían ser configurados como actos preparatorios en el Derecho Penal del Ciudadano, estableciendo agravantes, desproporcionalidad en las penas y restricción de las garantías y derechos procesales de los “enemigos”.

Polaino-Orts refiriéndose a la finalidad del Derecho Penal del Enemigo, sostiene que:

El legislador fundamenta y legitima el Derecho Penal del Enemigo, en el especial foco de peligro que integra el sujeto. Además, esa



peligrosidad es la medida y límite de la represión contra el enemigo, esto es, que la reacción penal de aseguramiento contra el enemigo ha de guardar proporción con su peligrosidad, limitándolo como subraya Jakobs a lo estrictamente necesario: si el delincuente es peligroso, la reacción penal ha de ser especialmente asegurativa y todo ello en medida de dicha peligrosidad (Polaino, 250).

Es importante explicar que quienes defienden la aplicación del Derecho Penal del Enemigo, lo hacen desde la perspectiva de proteger el derecho de la mayoría de miembros de la sociedad que aceptan vivir bajo el modelo de convivencia establecido, ese estatus es el que pretende garantizar este derecho, eliminando a quienes puedan amenazarlo aun cuando no exista la perpetración del hecho.

Riquert y Palacios, por su parte sostienen que:

Esta concepción del Derecho Penal se encuentra direccionada para los casos de criminalidad consistente en la defensa del Estado frente a un tipo de “ataque” diferente al que puede surgir desde la criminalidad “común”, asimilándolo a un estado de excepción (guerra-terrorismo-narcotráfico) y que intenta justificar y legitimar la estructura de un Derecho Penal y Procesal sin garantías (Riquert, 08).

Es evidente que constituye un peligro, que quien tenga las facultades legislativas que configuran el Derecho Penal del Enemigo, pueda extralimitarse y tipificar conductas que no merezcan ser identificadas como criminales, además de fijar penas desproporcionadas o restringir Derechos Fundamentales; en todo caso, la finalidad puede ser loable, esto es, garantizar paz y convivencia social, pero esto jamás puede ser obtenido a costa de sacrificar los derechos y garantías fundamentales. Oré, al respecto sostiene:

Reforzar la potestad punitiva del Estado en sociedades donde imperan el autoritarismo, la discriminación y la corrupción, es ciertamente peligroso (....) Creo firmemente que los Principios y Derechos Fundamentales tienen una notable importancia, pues más allá de sentar las bases mismas del Derecho Penal, blindan y arropan las



libertades que sirven de fundamento a un Estado Social y Democrático de Derecho. En eso no se puede claudicar. Ni bajo el pretexto de alcanzar mayores cifras de seguridad, pues cuando el Estado deviene en arbitrario nadie tiene asegurada su libertad (Oré, 13).

Se concluye manifestando que el fin no justifica los medios, si con ellos se vulnera Derechos Fundamentales que ponen en riesgo la propia convivencia humana. Es claro que la administración de justicia penal adolece de graves y complejas fallas que ocasionan que frecuentemente puedan ser acusadas personas inocentes o utilizarse el sistema penal como medida de ataque contra enemigos políticos, buscando su represión. En definitiva, la persona contra quien se inicia una sospecha como autor de un delito, por ese sólo hecho se ve inmersa en un campo que efectivamente es del “enemigo”.



CAPITULO SEGUNDO.

2. ANALISIS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO FRENTE AL CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA Y DIGNATARIO.

En el Estado Constitucional, la Constitución determina el contenido de la ley, el ejercicio de la autoridad y la estructura del poder. La Constitución es material (contiene derechos) orgánica (señala los órganos que forma el estado) y procedimental (establece mecanismos de participación pública para la formación de leyes y toma de decisiones). Los derechos de las personas son límites del poder (ningún poder los puede violentar) y vínculos (los poderes de los estados están obligados a efectivizarlos) (Ávila, 120).

El Neoconstitucionalismo en palabras del autor Prieto Sanchís:

(...) Sirve para designar un modelo teórico, pero también para referirse a una forma de organización política que se viene abriendo paso desde mediados del siglo XX, que no necesariamente reúne en todas sus manifestaciones signos de uniformidad, pero sí unos rasgos esenciales que permiten hablar de algo diferente, no radicalmente nuevo, pero sí distinto a lo que pudo representar el Estado de Derecho decimonónico (Prieto, 214).

Este cambio se da con la introducción de conceptos como el valor normativo de la Constitución y la vinculación de la jurisdicción a los Derechos Fundamentales. Todo ello es producto de la unión de dos perspectivas, la de las constituciones materiales que presentan un contenido sustantivo integrado por normas de diferente valoración (valores, principios, derechos, directrices) y las constituciones garantizadas, caracterizadas porque su protección o efectividad se encomienda a jueces y establece normas secundarias, de organización y procedimiento, destinadas a depurar o sancionar toda infracción de las normas sustantivas o relativas a derechos. Esta combinación trae como resultado un nuevo modelo de Derecho y Democracia: el Estado Constitucional de Derecho, en el cual la Constitución es:



(...) Fuente del Derecho en un triple sentido: primero, por contener normas, segundo, por disponer parámetros sustantivos y procedimentales para abrogar y/o invalidar normas inferiores preconstitucionales e invalidar normas posteriores que la contravengan, y tercero - siendo quizás esto lo más destacable - por entenderse que las normas constitucionales son idóneas para disciplinar directamente no sólo la organización estatal y las relaciones entre el Estado y las personas, sino también las que ocurran entre estas últimas, y son por tanto susceptibles de ser aplicadas por cualquier juez y no solo por el juez constitucional (Guastini, 22).

Este cambio de paradigma trae como consecuencias:

La sustitución de las reglas por los principios como elementos protagónicos del Derecho, la necesariamente consecuente utilización de la técnica de la ponderación en desmedro de la subsunción para la aplicación de las normas, la omnipresencia de la Constitución en lugar de la independencia del derecho infraconstitucional y el fortalecimiento del poder de la judicatura en perjuicio de las facultades del legislador (Alexy, 160).

A partir de aquello la Constitución se presenta como fuente directa de derechos y obligaciones, en donde la ley actúa un mero factor de mediación entre las exigencias constitucionales y las exigencias prácticas.

Luigi Ferrajoli en su obra “Derecho y Razón” define el garantismo y lo plasma a partir de tres lineamientos que constituyen su esencia manifestando:

- En primer lugar, es un modelo normativo de Derecho, constituido por un sistema de poder mínimo dotado de técnicas de tutela capaces de minimizar la violencia y maximizar la libertad y que en el ámbito jurídico genera un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado, apreciable no por su presencia absoluta sino por el grado en que se satisfacen los fines mencionados. En el ámbito constitucional – por ejemplo – se dirá que un sistema es más o menos garantista en



tanto cuente con mecanismos de invalidación y reparación idóneos para asegurar la efectividad de los derechos normativamente proclamados.

- En segundo lugar, designa a una teoría crítica del Derecho cuya misión consiste en denunciar la existencia de divergencias empíricas entre el ser y el deber ser de los ordenamientos jurídicos complejos a raíz de los contrastes existentes entre sus modelos y sus prácticas concretas.
- Y en tercer lugar, alude a una filosofía del Derecho motivada por la desconfianza en el poder en virtud de la cual se endosa al Derecho y al Estado el deber de justificación externa conforme a los bienes e intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente su finalidad (Ferrajoli, 60).

La vinculación entre el neoconstitucionalismo y el garantismo genera la concepción del Estado como instrumento al servicio de la protección de los Derechos, y no como observador acrítico de lo que ocurre en los distintos estratos jurídicos, su misión está en el efectivo control de los desajustes entre el deber ser y el ser del Derecho, entre los valores propuestos por la Constitución y el comportamiento de los operadores jurídicos, entre ellos los legisladores y jueces. Por ello la teoría general del garantismo no tiene como finalidad la denuncia de estas incongruencias sino la búsqueda de soluciones mediante el empleo de las garantías disponibles en el propio ordenamiento jurídico a fin hacer efectivos los derechos de los ciudadanos. El Estado por tanto se encuentra al servicio y tutela de los Derechos Fundamentales, en el que la legalidad no solo es condicionante, sino que está también condicionada por vínculos jurídicos formales y sustanciales.

El Estado de Derecho establecía en su momento, que el legislador se encontraba investido con la capacidad de representar a la soberanía y por tanto invocar su inviolabilidad, sin embargo con el surgimiento del Estado Constitucional de Derecho, la jurisdicción sea ordinaria y/o judicial cambia este paradigma y resulta estar en plena capacidad de oponerse al contenido sustancial de sus decisiones, sea impidiendo que se conviertan en Derecho vigente o suprimiéndolas del sistema jurídico con efecto general o particular, encargada por tanto de la adaptación de la legislación a la Constitución vigente. En este contexto la actividad judicial adquiere un nuevo rol diferente al que



tenía en el Estado Legal de Derecho, que pretende un cambio de la relación juez-ley otorgando a ellos la función de garantía al ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos y por otra parte la incorporación de los Derechos Fundamentales en cada una de sus resoluciones.

La estructura normativa de los Estados Constitucionales de Derecho, desde la visión garantista se caracteriza “por la pertenencia de las normas vigentes a diversos planos (constitucional, legal, reglamentario, etc.) jerárquicamente ordenados, cada uno de los cuales se configura como normativo respecto del inferior, y como fáctico en relación al superior.”(Serrano, 59). Por tanto es claro el sometimiento absoluto de toda fuente de producción normativa al nivel superior de normas, especialmente a la Constitución. En este contexto las disposiciones contenidas en normas superiores condicionan la validez de las normas inferiores, y el cumplimiento de aquellas, define la eficacia de las normas superiores, postulado que guarda relación con lo estatuido en el Art. 424 de la Constitución Ecuatoriana.

2.1. DIGNIDAD HUMANA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.

La presencia de principios con fuerte contenido axiológico dentro de la Constitución de la República del Ecuador, genera que elementos propios de la moral actúen como agentes de racionalización en la producción de normas; uno de los principales criterios presentes en la mayoría de constituciones latinoamericanas, incluida la nuestra, es la “dignidad humana”. A partir de esta premisa las normas identificadas como manifestación de la teoría del Derecho Penal del Enemigo atentan al contenido de este principio y por tanto resultan materialmente inconstitucionales.

Tal como lo sostiene María Cristina Fix Fierro:

(...) Luego de la segunda guerra mundial se inauguró una nueva época en la cual la convivencia de los pueblos se cimentó en el respeto de la dignidad de todas las personas. En el constitucionalismo de dicha



etapa la dignidad humana se eleva a la categoría de núcleo axiológico constitucional y, por tanto, de valor jurídico supremo (Fix, 12).

El español Antonio Pérez Luño define así: “la dignidad humana es el valor básico, el principio legitimador de los derechos esenciales; es su fundamento y punto de referencia. Estos derechos supondrían la concreción y explicitación del valor de la dignidad humana” (Perez, 319).

En efecto, en la Constitución Ecuatoriana existen varias disposiciones que promueven la dignidad humana y su fuerte vinculación con los Derechos Fundamentales, describiéndose como una relación de causa-efecto, siendo la dignidad humana fundamento de los derechos esenciales; entre estas disposiciones encontramos:

Dentro del preámbulo establece: “(...) *Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades*”.

Dentro de los principios de aplicación de los derechos en su numeral séptimo del Artículo 11 define:

El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

Dentro de las garantías normativas constitucionales Artículo 84 establece:

La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.



Al respecto el Artículo 41 del Código Civil Ecuatoriano dice: *“son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición. Divídense en ecuatorianos y extranjeros”*.

Por su parte la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece el binomio Dignidad-Derechos Humanos. En efecto, tal instrumento en su preámbulo establece que: *“la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”*, lo cual se ve ratificado en su Artículo Primero que expresa: *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*. A partir de ello se colige que para este instrumento los valores libertad, justicia y paz son únicamente realizables a partir del reconocimiento de la dignidad humana y los derechos esenciales del ser humano.

Los Pactos Internacionales son concordantes con el preámbulo de la Declaración de 1948. Además, el Artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Lo propio hace el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Artículo 10.1 al señalar que: *“Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”*.

En el mismo sentido se expresa el Artículo 10.1 de la Constitución española que reza: *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”*

En este contexto de reconocimiento a la Dignidad Humana dentro de la legislación nacional como internacional, resulta preciso identificar su desarrollo en el ámbito jurídico-práctico. Partiendo de su significado etimológico el



término “dignidad” es un abstracto del adjetivo “valor” y significa la materialización del mismo; en donde el hombre es el valor supremo y el referente axiológico de todo orden constitucional. Por tanto la dignidad humana constituye el fundamento último de la comunidad; y cuando ésta considera al hombre como cualquier otra parte de la naturaleza se atenta contra este principio. Por lo que todo ordenamiento jurídico en el cual se consigne a la dignidad como valor constitucional, cualquier norma de menor jerarquía que pretenda el trato del ser humano como medio para un fin es inválida por contravenir el fundamento esencial de lo que se denomina “constitucionalismo humanista o dignatario”.

2.2. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LA DIGNIDAD HUMANA.

La necesidad de tipificar y sancionar delitos vinculados con la criminalidad organizada, entre ellos el terrorismo es evidente; sin embargo en busca de lograr una adecuada regulación y brindar por parte del Estado seguridad a la comunidad, no se puede atentar a las garantías y derechos reconocidos constitucionalmente y a nivel de tratados internacionales; ya que ellos constituyen el límite del ius puniendi por parte del aparato estatal. La evolución de la respuesta penal ante esta nueva forma de criminalidad, debe ser efectivamente una “evolución” y no lo contrario una “involución” en el reconocimiento de derechos y garantías dentro del proceso penal. El Estado a su vez justifica el ejercicio del ius puniendi para la incorporación de tipos penales y aumentar las penas a delitos como el terrorismo que la sociedad reclama constantemente, en consecuencia Derechos Fundamentales como la libertad e intimidad y el principio de dignidad humana son desconocidos a fin de proporcionar seguridad y protección a los ciudadanos.

A partir de aquello resulta necesario el juicio de legitimidad referente al tipo penal referido; y comprende una doble dimensión para su análisis, por un lado se debe tomar en cuenta lo establecido por el Derecho positivo, y por otro la existencia de ciertos principios naturales que informan igualmente la labor jurídica. Estos principios naturales no pueden ser desconocidos como criterios de decisión en la resolución jurídica de los conflictos, por lo que si la regulación



positiva o la decisión judicial los dejan de lado, la legitimidad de esta regulación o decisión podrá ser cuestionada. En este contexto, la legitimidad jurídica no se reduce al procedimiento formal de creación del Derecho positivo o la legalidad de la decisión judicial, sino que abarca su efectiva correspondencia con un conjunto de principios naturales igualmente vinculantes y que cuentan con un reconocimiento expreso y con mecanismos de protección tanto en la Constitución Ecuatoriana como en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

Actualmente una ley puede ser cuestionada o revisada mediante una acción de inconstitucionalidad, así como una decisión judicial puede ser revocada mediante una acción extraordinaria de protección. Del mismo modo, una actuación o decisión ajustada a la legalidad de nuestro país no impide que pueda ser cuestionada en tribunales extranjeros o internacionales con base en los diversos Tratados Internacionales. La actividad de la Corte Constitucional Ecuatoriana y los diversos casos que se han llevado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los últimos años confirman esta tendencia del Derecho actual.

Por su parte el Derecho Penal del Enemigo en su principal planteamiento manifiesta la supresión del estatus jurídico de persona respecto de algunos individuos que son considerados fuentes de peligro. Jakobs refiere a la “anulación de la posición de sujeto de derechos de todos aquellos ciudadanos que hayan sido caracterizados como enemigos por algún representante del poder estatal” (Jakobs, 45). El problema principal de la construcción de Jakobs no se plantea en términos de compatibilidad con los principios penales, sino en los siguientes términos: ¿se puede legitimar en un Estado Constitucional de Derecho, como complemento al Derecho Penal, la existencia de una regulación de excepción que afecte a la libertad de sus destinatarios (negándoles la condición de persona) y permita una actuación de lucha por parte del Estado que traspase los límites que impone la condición de persona? ¿Es esto posible a partir de la teoría de los Derechos Fundamentales y la dignidad humana?.

El hecho de considerar a los enemigos como no personas o no ciudadanos nos coloca frente a una situación de excepción. La suspensión de la ciudadanía



significa la producción de un estado de excepción, pues en éste los derechos de los ciudadanos son suspendidos. El despojo de la ciudadanía en el estado de excepción, supone la aparición del denominado “Homo sacer”, término del Derecho Romano, que significa “vida desnuda” es decir, una vida excluida de todo estatuto jurídico, por ello el acusado puede recibir incluso la muerte y ello no significaría delito alguno.

La Constitución de la República del Ecuador no reconoce a ningún poder la facultad de calificar o definir a una persona como enemigo. Sin embargo en los Artículos 167 y siguientes de la Carta Magna, concede al Poder Judicial, es decir jueces y tribunales, la facultad de definir a una persona como delincuente, pero única y exclusivamente en una sentencia condenatoria que ha sido resultado de un juicio oral, público y contradictorio, en el que la persona acusada es titular de la presunción de inocencia y goza del derecho a defenderse en igualdad de armas.

El momento que los Derechos Fundamentales se vuelven parte integrante del derecho positivo, estos adquieren un doble carácter o una doble naturaleza. Por un lado aparecen en su vertiente clásica de garantía de posiciones subjetivas; por otro se convierten en normas que irradian todo el ordenamiento normativo. La primera relación entre la Constitución y el Derecho Penal lo encontramos en el Artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, donde se establecen los límites del accionar del Estado al ejercer su poder punitivo, y a partir de ello históricamente las legislaciones penales deben respetar el contenido de los Derechos Fundamentales y por consiguiente el principio de la dignidad humana en tres momentos:

1. Creación de la Ley Penal.
2. Aplicación de la Ley Penal.
3. Ejecución de la Ley Penal.

El reconocimiento del ser humano como persona, implica el presupuesto necesario para que pueda establecerse una relación de Derecho, ya que no considerarlo persona implicaría legitimar que se le pueda tratar con la pura coacción. La persona como ser responsable constituye la directriz de toda



regulación de conductas humanas y punto de partida del Derecho Penal. La fundamentación propia del Derecho Penal del Enemigo genera una serie de incongruencias con el principio de Dignidad Humana antes explicado, en virtud de contravenir la esencia del denominado “constitucionalismo garantista y dignatario”. Este principio se ve desconocido por el pensamiento preventivo de seguridad, en el que no se evidencia un ejercicio de ponderación sino más bien la obtención del fin perseguido. A partir de ello analizamos los siguientes aspectos:

- Una primera incompatibilidad entre el Derecho Penal del Enemigo y la Dignidad Humana consiste en que esta teoría promueve una segmentación de los miembros de la sociedad. Se trata de una regulación jurídica de las relaciones sociales y de instituciones que tiene como objetivo la exclusión del denominado “enemigo” al acceso de ciertos bienes, entre ellos el ejercicio de algunos Derechos Fundamentales, todo con ello con la finalidad de proveer de seguridad social a la comunidad en general. En este caso, la determinación de los enemigos y privación de derechos son vistos como medio para un fin.
- Una segunda incompatibilidad precisa que al ser el Derecho Penal del Enemigo una negación o contradicción de la vigencia del Derecho Penal del Ciudadano, implica la eliminación de todos los límites al ejercicio de la potestad punitiva estatal en los Derechos Fundamentales, y se convierte en un ejercicio directo de pura coacción, se convierte en un dispositivo de fuerza puesto al servicio de la exclusión de los denominados “enemigos”.
- Una tercera incompatibilidad reside en que mediante el Derecho Penal del Enemigo, en palabras de Jakobs: “el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos” en este sentido los Derechos Fundamentales no reconocidos para esta categoría de individuos se utilizan como medio de comunicación para remitir mensajes de rechazo a sus potenciales enemigos.
- La cuarta incompatibilidad establece que el Derecho Penal de Enemigo, positiviza la fuente de la dignidad manifestando que no es la naturaleza humana la que genera aquel atributo invariable, sino que ella depende



de una relación de fidelidad y compromiso entre el individuo y el Derecho. Sólo si el sujeto actúa acorde al Derecho vigente adquiere y conserva el estatus de ciudadano o persona, como resultado del cumplimiento de un deber jurídico.

- La quinta incompatibilidad apunta que el Derecho Penal del Enemigo actúa aplicando normativa sancionatoria diversa para aquellos que estime peligrosos y por tanto distintos, es decir actúa protegiendo a unos y degradando a otros.
- La sexta incompatibilidad de esta teoría y acorde a lo que manifiesta Gracia Martín es que el destinatario de la aplicación del Derecho, especialmente de sus sanciones, sólo puede ser el individuo, el ser humano, un ente pre jurídico y natural. Es el hombre quien crea al Derecho y no a la inversa. Y tal creación ha de tener en cuenta los atributos propios del ser humano para estructurarse, como su dignidad. Si el Derecho no tiene como destinatario a las fuerzas de la naturaleza ni a los animales, sino al hombre, entonces es la estructura del mismo ser humano lo primero que tiene que entrar en consideración. Por ello negar la dignidad, en este contexto, sería negar una de las bases que estructura al propio sistema jurídico.

El Derecho Penal del Enemigo resulta un peligro para los Derechos Fundamentales, en virtud que abandona la concepción tradicional de persona en sentido natural y prejurídico. Por el contrario, constituye un concepto eminentemente normativo, cuya esencia no proviene de una idea individual de la dignidad humana sino del reconocimiento social de ciertas expectativas normativamente protegibles. Luigi Ferrajoli respecto de la creación y contenido de norma nos dice que:

Cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales. La existencia (o vigencia) de las normas, que en el paradigma paleo-ius-positivista se había dissociado de la justicia, se disocia ahora también de la validez,



siendo posible que una norma formalmente válida y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales (Ferrajoli, 13).

La justificación que realiza esta teoría para desconocer la dignidad humana dentro de sus postulados resulta insuficiente, pues no logra desvirtuar el principio que la dignidad humana pertenece a todos los individuos de la especie humana y requiere para todos ellos idéntico respeto. Es así que las bases del sistema propuesto por el Derecho Penal de Enemigo en relación a los “no personas” “no ciudadanos” se construye a partir de la violación del Derecho Penal de los Ciudadanos (personas). Por lo tanto, el Derecho Penal del Enemigo no tiene destinatarios reales, empíricos, sino que son creados por medio de la aplicación de este Derecho Penal y no antes. Entonces, el Derecho Penal del Enemigo se termina aplicando a ciudadanos cuya condición se ve degradada por una decisión judicial o administrativa y no representativa de la voluntad popular. Resultar ser una decisión judicial, ni siquiera legal, la que define que seres humanos son ciudadanos y no ciudadanos. Ferrajoli al respecto se pronuncia: “La razón jurídica del Estado Constitucional de Derecho no conoce enemigos ni amigos, sino sólo culpables e inocentes” (Ferrajoli, 830).

Por tanto la legislación vinculada al Derecho Penal del Enemigo viola permanentemente el principio de dignidad humana. Esta construcción teórica propuesta por el jurista alemán tiene su referencia con la situación que viven los presos en la base naval de Guantánamo, Cuba y Palestina, quiénes son claro ejemplo del traslado de la ficción jurídica de “no personas” “no ciudadanos” permaneciendo por más de diez años sin juicio alguno. Jakobs entonces se inclina por irrespetar los Derechos Humanos (garantías individuales en el proceso penal) de quienes se considera enemigos, es decir determinados sujetos quedan excluidos de las normas de funcionamiento social y se convierten en individuos a ser eliminados con evidente injusticia. Partiendo del concepto jurídico de persona, la posibilidad de aplicar un Derecho Penal al margen del Estado Constitucional de Derecho a un individuo calificado como



enemigo es imposible sin infringir los Derechos Fundamentales del ser humano.

El Derecho Penal del Enemigo es constitucionalmente imposible en Ecuador, debido a que el proceso de identificación del enemigo se amplía; ya no se trata solo de definir al delincuente sino también al que genéricamente se llamará el “enemigo”. El juez conserva su poder de definición del delincuente, pero la definición del enemigo recae en otros órganos de control social, como la Policía o el mismo Ejército, que al no tener asignada legalmente esa función actuarán con la más absoluta arbitrariedad con el consiguiente riesgo que cualquier ciudadano pueda ser tratado como enemigo, es decir como terrorista-guerrillero y al momento de aplicar alguna medida coercitiva se trastocan los conceptos de persona en el sentido jurídico expuesto por Jakobs.

A partir de lo expuesto puede concluirse que el Derecho Penal del Enemigo que se encuentra reconocido en nuestra legislación penal positiva no alcanza, por ese solo hecho, legitimidad. Esta legislación penal debe ser sometida a un control por parte de la Corte Constitucional sobre su compatibilidad con el principio de dignidad humana reconocido en la Constitución de la República del Ecuador y en los diversos Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. En este contexto, el hecho que nuestra legislación penal, en el delito de terrorismo mantenga rasgos característicos de un Derecho Penal del Enemigo, no permite afirmar su legitimidad. Un Derecho Penal de excepción que no se ajuste a los principios constitucionales, no podrá aceptarse jamás en el actual sistema jurídico-penal por más que se encuentre previsto positivamente. Por lo tanto Jakobs parte una afirmación que vuelve inaplicable su planteamiento y es que la posibilidad que el Estado en relación a los enemigos pueda actuar al margen del Estado Constitucional de Derecho, legitimando que éste recurra a una vía no jurídica, en función de la eficacia, a fin de resolver un problema y evitar la hipotética “destrucción del ordenamiento jurídico”.

El Derecho a la seguridad de los habitantes es innegable, sin embargo de ello no se deriva que el Estado esté justificado para actuar de cualquier manera con el fin de satisfacer dicho derecho. El Estado Constitucional de Derecho propugna que las formas de actuación y medios empleados para resolver un



problema social son igual de importantes que el fin perseguido. Por ello se sostiene con certeza que “el fin no justifica los medios”.

2.3. LEGISLACION COMPARADA.

El sitio web “Pórtico Legal” presenta un ejemplo del análisis constitucional que realiza la justicia española sobre la aplicación de esta teoría a un terrorista refiriendo: El fecha 20 de julio de 2006, el Tribunal Supremo absolvió a H. A. A., más conocido como “el talibán español”, casando la Sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 4 de octubre de 2005, por la que resultó condenado a seis años de prisión como autor de un delito de integración o pertenencia a organización terrorista.

La Sentencia de la A.N. se basa, en esencia, en que H. se interesa por la yihad y por la interpretación de la religión islámica que realizan los talibanes, en que se traslada a Afganistán para recibir formación en una madraza y en que, finalmente, es detenido por el ejército estadounidense, que lo traslada a la prisión Guantánamo. Y es que, para la Sección IV de la A.N., la prueba de cargo se fundamenta 1) en la “entrevista policial” [sic.] que mantuvo en dicha base naval sin asistencia letrada, información previa de sus derechos, ni autorización del Juzgado de Instrucción que instruía la causa, 2) en la intervención telefónica que se acordó en unas diligencias previas pertenecientes a otro proceso, y 3) en la declaración prestada en el juicio oral por parte de los policías que le “entrevistaron” en Guantánamo, en calidad de testigos de referencia ex art. 710 LE.

Pues bien, exceptuando ahora la última prueba (declaración de H. en juicio oral), ninguna de las diligencias probatorias que la A.N. utilizó como prueba de cargo supera un test de constitucionalidad, por laxo que éste sea. Y no sólo eso, sino que desde la incoación del proceso contra H. su defensa viene denunciando la nulidad radical de las diversas diligencias. De un somero análisis de los requisitos establecidos por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, se desprendía claramente la inconstitucionalidad de la intervención telefónica o de la entrevista “policial”. Parece que la A.N. rechaza la validez probatoria de esta última, pero no tiene empacho en introducir su



contenido mediante la declaración de los policías en calidad de testigos de referencia, a pesar de las circunstancias en las que se obtuvieron las declaraciones de H. Esto es reprochado por la STS de 20 de julio de 2006, que casa la SAN: “constituiría un verdadero fraude procesal estimar nula la declaración del recurrente y recuperarla o rescatarla por vía indirecta a través del testimonio de los interrogadores bajo el subterfugio del art. 710 LE: testigos de referencia”.

En cuanto a la declaración prestada por H. en sede de juicio oral, resulta cuanto menos llamativa la diversa valoración que realiza el tribunal ad quem con respecto a las conclusiones del juzgador a quo. Merece la pena dedicar unos minutos a la lectura de ambas sentencias para comprobar, en primer lugar, hasta qué punto unas mismas palabras y frases pueden dar lugar a interpretaciones tan dispares y, en segundo lugar, cómo la A.N. omite hacer cualquier referencia en su sentencia a algunas de las manifestaciones vertidas por H. Sirva como ejemplo de lo primero la transcripción de un pasaje de la referida STS: “en relación a la auto calificación de mártir que se concedió el recurrente al ejercer el derecho a la última palabra, que la sentencia lo relaciona como una comunión con el fundamentalismo islámico en clave de autoinmolación terrorista, es lo cierto que se trata de una interpretación que en modo alguno consiente el contexto de respuestas dadas por el recurrente. Por el contrario, es de toda razonabilidad, dar a ese término el que le concede el propio autor: fue mártir porque sufrió, sin justificación, una privación de libertad en condiciones que él mismo relata y que recogemos a continuación (...)”.

En cuanto a lo segundo, la SAN silencia, por ejemplo, que H. declaró estar en contra del terrorismo, que condenaba la actividad terrorista de Al Qaeda y que lo que sucedió el 11 de septiembre de 2001 en Nueva York fue un crimen.

En definitiva, todo un cúmulo de despropósitos por parte de la A.N. orientado a la “necesaria” condena del acusado H., partiendo -al parecer- de una presunción de culpabilidad iuris et de iure. (Pórtico Legal, Online).



CAPITULO TERCERO.

3. EL DELITO DE TERRORISMO EN EL CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL ECUATORIANO.

“Todo Derecho Penal responde a una determinada política criminal, y toda política criminal depende de la política general propia del Estado a que corresponde” (Mir Puig, 4).

3.1. SEGURIDAD PÚBLICA.

El tipo penal terrorismo se encuentra dentro de los delitos en contra de la seguridad pública estatal, y se define como el acto típico, antijurídico y culpable que tiende a colocar al Estado en una situación de peligro, a través de actos que alteran su paz y dignidad o afectan las bases constitucionales y su integridad territorial, atentando al funcionamiento de instituciones fundamentales y el respeto general al ordenamiento jurídico vigente.

“Los delitos contra la seguridad pública son tipos penales o figuras delictivas destinadas a la protección del Estado mismo en su personalidad, del territorio y sus habitantes, en cuanto constituyen la Nación” (Fontán).

Si bien todos los actos calificados como terroristas lesionan en mayor o menor medida el interés del Estado por mantener el orden jurídico; éste como ente político, regulador y garante de los derechos reconocidos constitucionalmente tiene a su cargo hacer efectivo a su nación la denominada “Seguridad Pública”.

“La Seguridad Pública es un Derecho Humano irrenunciable de los gobernados para exigir del Gobierno, como parte del Estado, la mayor protección a su integridad física y a su patrimonio, sin menoscabo de la paz social y el pleno respeto para sus libertades y derechos” (Díaz, Online). Por tanto resultar ser un elemento esencial en la construcción del Estado Constitucional de Derecho, al efecto Rousseau refiere “Encontrar una forma de asociación que defienda y



proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes” (Rosseau, 20).

El Derecho Humano a la Seguridad Pública se traduce en la facultad que tienen los gobernados de exigir al gobernante que les garantice vivir dentro de un clima de paz y seguridad, que les permita desarrollar una vida tranquila y productiva; por su parte el Estado a partir del denominado “contrato social” tiene a su haber la responsabilidad en el uso de la violencia legítima (ius puniendi) a fin de garantizar este derecho a los ciudadanos.

El jurista mexicano Antonio Díaz Piña señala algunos ejemplos en los que claramente se materializa el Derecho a la Seguridad Pública:

- 1.- Que el gobernante con sus acciones y programas proporcione precisamente eso: Seguridad Pública. Bajo ninguna excusa puede resultar aceptable que sus actos de gobierno deriven en los opuestos, como son mayor violencia e inseguridad, y menos de forma permanente.
- 2.- Que el gobernante con sus acciones y programas, o las de sus subordinados, respete plenamente los demás Derechos Humanos de todos los gobernados, sin excepción. No se justifica que en nombre de la Justicia la autoridad incurra en actos de barbarie.
- 3.- Que ningún crimen quede impune. En el marco de un Estado Constitucional de Derecho, todo acto delictivo debe ser debidamente investigado y castigado.
- 4.- Que el gobernante seleccione a los responsables directos de la Seguridad Pública sobre criterios de honestidad y capacidad profesional, nunca de amiguismo o de incondicionalidad, y que responda por los resultados de aquellos removiendo sin demora a quienes resulten ser deshonestos o ineficaces.
- 5.- Que el gobernante enfoque sus acciones en materia de Seguridad Pública, a combatir las verdaderas causas primarias de la inseguridad:



la impunidad y corrupción, el desempleo, la falta de oportunidades educativas, el lavado de dinero, la falta de coordinación gubernamental. El problema de la inseguridad no es un asunto exclusivamente policial, como algunos pretenden hacerlo creer.

6.- Que los más altos responsables dentro de todas las esferas y niveles de gobierno conozcan plenamente cuáles son sus obligaciones en materia de Seguridad Pública y se coordinen con las demás, de forma eficiente y en apego a las leyes vigentes.

7.- Que los gobernantes usen los recursos presupuestarios con economía y racionalidad para cumplir su obligación de proporcionar Seguridad Pública de forma eficaz y eficiente. Deben evitar ante todo que la burocracia tienda a administrar el problema de la inseguridad de forma tal que se convierte en una costosa y creciente carga pública (Díaz, Online).

Javier Perez Royo establece que “la seguridad personal es el fundamento de la garantía constitucional de los derechos y de ésta garantía a su vez el presupuesto de las garantías constitucionales en todas sus manifestaciones, tanto institucionales como individuales” (Perez, 450).

La aspiración de seguridad es lo que explica la génesis del Estado; en virtud de que el estado de naturaleza en un principio puede parecer un estado de igualdad y libertad sin embargo también lo es de inseguridad extrema; ya que los hombres son iguales y libres pero no se sienten seguros. Por ello para tener seguridad los individuos tienen que transformar esa igualdad y libertad natural en igualdad y libertad jurídica, por ello resulta necesario la figura del Estado como ente garantista de seguridad personal.

Sin embargo el problema radica que el Estado que surge a partir del contrato social es necesariamente un poder único con el monopolio de la fuerza y coacción física; en este contexto el Estado puede transformarse de ser la garantía de seguridad personal en el instrumento de mayor inseguridad para el individuo. Por tanto el Estado es garantía necesaria de la seguridad personal



pero no es garantía suficiente, de ahí que el complemento necesario, es decir la garantía de la garantía sea indiscutiblemente la Constitución.

El Derecho Penal es actualmente el principal instrumento para combatir al crimen y brindar Seguridad Pública. Sin embargo, es inevitable cuestionar que el Derecho Penal atiende a los principios de subsidiariedad y última ratio; por tanto todas las medidas excepcionales deben ser empleadas en casos de extrema necesidad, en tanto y cuanto el Estado haya agotado previamente todos sus medios ordinarios.

3.2. DERECHO PENAL DEL ACTO Y DERECHO PENAL DE AUTOR.

Los postulados del Derecho Penal Liberal respaldan al Derecho Penal del Acto, a partir del cual únicamente constituye delito los actos externos de los individuos y no sus pensamientos o su condición de “peligrosidad”. Este postulado tiene su base en el principio de exterioridad o materialidad del acto punible, “*nullum crimen sine actione*” y el principio de lesividad en virtud del cual todo acto debe causar una lesión a un bien jurídico penal o su puesta en peligro. En definitiva se sanciona actos y no autores.

“Un acto es una conducta humana guiada por la voluntad. Las ideas, los sentimientos, las meras intenciones, las condiciones, calidades o estados de la persona no son actos y no deberían recibir una sanción” (Albán).

El acto punible se verifica de dos maneras: acción y omisión; y corresponde únicamente al ser humano dentro de la esfera de su voluntad; en ella distinguimos dos fases, una interna integrada por los pensamientos del autor que se proponen la realización de un fin (ilícito), y una fase externa que es la verificación material o expresión exterior del pensamiento, actuando sobre condiciones existentes o preparadas. A partir de ello, se puede colegir la diferencia entre una legislación penal que castiga actos (derecho penal del acto) y aquella legislación que no tiene como base el acto para la sanción penal sino la condición del sujeto imputable (derecho penal de autor).



Por su parte el Derecho Penal de Autor no castiga actos sino pensamientos y/o características de las personas. Esto ocurrió durante el fascismo español, italiano y alemán del Siglo XX y en América Latina durante las sangrientas dictaduras militares. El Derecho Penal del Enemigo propugna intervenir en forma preventiva y sancionar a un individuo peligroso antes de que exteriorice su acción delictiva, no espera la lesión al bien jurídico o la puesta en peligro. Por lo tanto se sanciona la peligrosidad y no el acto. La actual legislación penal ecuatoriana específicamente en el tipo penal terrorismo es una manifestación de aquello.

El Código Orgánico Integral Penal dentro de su capítulo primero referido a los principios generales, Artículo 5 numeral 1, expone:

Principios Procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

1. Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla. (Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano).

A partir de esta disposición se entiende que en nuestro sistema jurídico impera el Derecho Penal del Acto, así tenemos que la persecución penal apunta a una conducta (acto) que necesariamente debe estar tipificada como delito en la legislación y siempre debe ser anterior al mismo. Sólo el hombre es capaz de cometer un acto que genera una acción final, es decir, se trata de la voluntad exteriorizada y apreciable a los sentidos, acto que debe lesionar un bien jurídico penalmente protegido y no en base a la peligrosidad de las personas que son perseguidas penalmente por su condición más que por sus actos. Al respecto el Artículo 22 inciso segundo del mismo cuerpo legal ratifica lo expuesto así:



Art. 22.- Conductas penalmente relevantes.- Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables.

No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales (Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano).

El cambio que ha sufrido la legislación penal en miras a combatir el fenómeno del terrorismo, en relación a la tipificación del Código Penal anterior y el ahora Código Orgánico Integral Penal tiene dos aspectos esenciales: En primer lugar, su fin último, que no es otro que combatir el terrorismo. Pero, en segundo lugar y aquí radica la peculiaridad, es la pretensión de alcanzar el fin prescindiendo de los principios de garantía y las reglas de imputación que han caracterizado el Derecho Penal moderno, es decir se antepone la seguridad a las garantías. El autor Robles Morchón afirma que todo ello es fruto de lo que se ha denominado “relaciones intertextuales intersistémicas; concretamente, ante el influjo de la legislación de unos Estados (con los E.E.U.U. a la cabeza) sobre otros” (Robles, 29). Es así que Jakobs a partir de la interpretación sistémica, concluye que aquellos terroristas cuya intervención al menos en la planificación haya quedado mínimamente demostrada serán obligados a revelar todos sus secretos incluso más allá de los límites trazados por el Derecho Penal común; incluso:

Deben ser obligados a declarar, ya que el Estado, en virtud de su deber de protección, no debe renunciar a ningún instrumento cuya aplicación sea lícita y esté racionalmente indicada; para ello, desde luego que se desdibujan los límites entre la persecución penal y defensa frente a riesgos (Jakobs, 280).

Este cambio de perspectiva respecto del delito de terrorismo contraviene los principios rectores de la legislación penal, antes expuestos; y a su vez provoca un cambio de concepción del Derecho Penal. Y es que nuestro Derecho Penal desde algunas décadas se ha concebido como un Derecho Penal del Acto en el que no puede constituir delito ni el pensamiento, ni las ideas, ni siquiera la



resolución de delinquir, en tanto no se traduzcan en actos externos: el comportamiento humano es la base de la moderna teoría del delito.

Desde otra concepción antagónica el Derecho Penal del Enemigo se convierte en un verdadero Derecho Penal de Autor, basado en la idea de peligrosidad del individuo; al respecto el autor Cancio Meliá refiere que el Derecho Penal del Enemigo es el resurgimiento de un Derecho Penal de Autor en tanto la regulación tiene por objeto la identificación de un determinado grupo de sujetos, los enemigos, más que en la definición de un hecho. En la misma línea Demetrio Crespo manifiesta que el objetivo primordial de esta legislación está “en combatir a determinados grupos de personas, abandonando el principio básico del Derecho Penal del Hecho, convirtiéndose en una manifestación de las tendencias autoritarias del ya históricamente conocido como “Derecho Penal de Autor” (Demetrio, 99).

Es preciso mencionar que un sector de la doctrina ha identificado al Derecho Penal del Enemigo como un Derecho Penal de medidas de seguridad; al respecto hay que hacer reparo en lo siguiente: El presupuesto de las medidas de seguridad jurídico-penales es la peligrosidad postdelictual, esto es, la probabilidad de delinquir en el futuro por parte de una persona que ha cometido ya un delito. En cambio, en el Derecho Penal del Enemigo, las medidas de seguridad tienen como presupuesto la peligrosidad predelictual, que es aquella que puede constatarse en una persona que aún no ha cometido un delito, pero de la que se pronostica, en base a determinados datos subjetivos y objetivos, que es probable que lo cometa.

3.3. TERRORISMO.

3.3.1. HISTORIA.

El término “terrorismo” se lo empieza a utilizar a partir de la Revolución Francesa, sin embargo el terrorismo ha existido desde los orígenes de la humanidad como un acto realizado para dominar la sociedad mediante el terror. Otros autores refieren que el término “terrorismo” comenzó a usarse en



el siglo XIX referido a los individuos o grupos políticos que recurrieron al atentado contra los representantes del orden burgués. Los populistas rusos y algunos anarquistas consideraron el acto terrorista como un medio para transformar la sociedad. Además el terrorismo ha sido utilizado también por el Estado contra los ciudadanos como medio ilegal para combatir la violencia o aumentar la coerción.

Son múltiples los actos terroristas que han ocurrido a lo largo de la historia; en el siglo XII un grupo ismailí de los musulmanes denominados “los asesinos” llevó a cabo campañas terroristas en contra de musulmanes suníes. A finales del siglo XVIII y XIX con la propagación de ideologías provenientes de la Revolución Francesa adeptos y detractores utilizaron el terrorismo tras las guerras napoleónicas. El Incendio del Reichstag (parlamento alemán) ocurrido el 27 de Febrero de 1933 y el más reciente e influyente de ellos, es el ocurrido en Estados Unidos el 11 de Septiembre de 2001. Este acontecimiento representa el punto de partida para la legislación antiterrorista que actualmente se expande en el mundo.

En la historia ecuatoriana el 17 de Marzo de 1963 la Junta Militar, por primera vez en nuestro país, tipificó el delito de terrorismo. En el año 1974 el General Rodríguez Lara expidió el Decreto 1273 que reformó la tipicidad del terrorismo en Código Penal vigente a la época. Las reformas consistieron en sustituir el Artículo 160, incluyendo un tipo que sancionaba hasta el solo acto de tener combustibles, y tipificar por vez primera el Artículo 161 referente al terrorismo organizado (Registro Oficial N° 705 del 19 de Diciembre de 1974). El 26 de Junio de 1978 el Consejo Supremo de Gobierno expidió el Decreto Supremo 263674 que aumentó las penas para los delitos de sabotaje y terrorismo (Registro Oficial Nro. 621 del 4 de Julio de 1978).

A partir del fin de las dictaduras militares en 1979, Jaime Roldos Aguilera asumió la Presidencia y la Cámara de Representantes sustituyó el Primer inciso del Artículo 160 del Código Penal, eliminando algunas de las ambigüedades de dicha norma. (Registro Oficial N°36 del 1 de Octubre de 1979). A partir de esa reforma, las posteriores leyes 47-2001 (Registro Oficial N° 422 del 28 de Septiembre de 2001), 75-2002 (Registro Oficial N° 635 el 7 de



Agosto de 2002) y 31-2006 (Registro Oficial N° 231 del 17 de marzo de 2006), aumentaron las penas de privación de libertad a reclusión mayor especial (16 a 25 años), si el resultado del acto es la muerte de una persona.

El Código Orgánico Integral Penal, COIP, fue publicado en el Suplemento del Registro Oficial 180, del lunes 10 de febrero de 2014, y comenzó a regir en su totalidad el 10 de Agosto del 2014, modificando ciertos términos del tipo penal y aumentando la pena de cuatro a ocho años a una pena de diez a trece años de privación de libertad. En Enero del 2015 el Consejo Nacional Contra el Lavado de Activos y el Consejo de la Judicatura expedieron dos nuevos modelos de lucha contra los delitos transnacionales, a fin de que Ecuador sea excluido de la lista negra donde el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) le ha mantenido por los últimos años. Se trata de la Política Nacional de Prevención y el Reglamento que viabiliza la incautación de bienes por delitos de terrorismo y lavado de activos. Con esta normativa permitirá identificar las principales amenazas y vulnerabilidades del sistema, crear objetivos y construir acciones dirigidas a combatir esos delitos; sumada al contenido el Código Orgánico Integral Penal (COIP), el país cierra el círculo legal que exige el GAFI para ser considerado como nación cooperante contra los delitos transnacionales.

3.3.2. DEFINICIÓN.

El término “terrorismo” surge de los vocablos latinos *terrere* que significa estremecerse y *detertere*: “asustarse de” (Torres, Online). Cabanellas por su parte define el delito de terrorismo como: “Dominación por medio del terror. Actos de violencia y maldad ejecutados para amedrentar a ciertos sectores sociales o a una población determinada o para desorganizar una estructura económica, social o política” (Cabanellas, 309).

El terrorismo constituye el uso sistemático del terror para coaccionar a sociedades o gobiernos; utilizado en ocasiones en forma individual y mayormente en forma plural a través de organizaciones políticas, partidos políticos nacionalistas y no nacionalistas, grupos racistas, independentistas, revolucionarios, conservadores y gobiernos en el poder. Se define también



como violencia premeditada con tintes políticos perpetrada contra objetivos civiles por grupos subnacionales o agentes encubiertos clandestinos generalmente para influenciar a un público determinado.

Los grupos terroristas actúan modificando constantemente sus métodos de organización y funcionamiento, aprovechando debilidades de los gobiernos y recurriendo a las tecnologías de la información moderna para aumentar el impacto de sus atentados. Podemos identificar diferentes clases de terrorismo; entre ellos: el terrorismo nacional que ocurre dentro de las fronteras de un Estado; y el terrorismo internacional que trasciende aquellas y su accionar está dirigido a un país vecino. Son características propias del terrorismo internacional: “su violencia indiscriminada que se extiende a la totalidad de la población; la imprevisibilidad de su actuar y la inmoralidad que produce un sufrimiento innecesario en la población” (Yávar, 562).

Uno de los problemas fundamentales de la definición del terrorismo reside en la naturaleza subjetiva del terror, puesto que el terror es utilizado comúnmente por la delincuencia tradicional o los denominados “delitos de derecho penal nuclear”. La naturaleza ideológica del mismo ha llevado a su estudio a partir de líderes, regímenes y gobiernos responsables sobre el desarrollo de teorías y criterios explícitos del terrorismo, así como de las condiciones previas socio-económicas y políticas y sus consecuencias. Uno de las manifestaciones es el terrorismo religioso o fanático que se encuentra representado principalmente en el medio oriente y está motivado por la creencia religiosa, principalmente la musulmana, los actos que motivan al terrorista religioso no son por un mandato de la norma jurídica sino por una norma más allá de su conciencia.

Jan Schreiber define al terrorismo como:

Un acto político cometido generalmente por un grupo organizado que implica la muerte o amenazas de muerte para no combatientes (...) lo que convierte en político el acto terrorista es su motivo y enfoque: tiene que ser el intento de quienes lo perpetran, dañar o alterar radicalmente al Estado (Schreiber).

Ernesto Albán Gómez refiere sobre los elementos de terrorismo así:



- Actos de violencia dirigidos contra las personas (en algunos casos previamente determinadas; en otros, contra personas indeterminadas), los bienes (igualmente determinados o no) o servicios públicos.
- Delitos pluriofensivos, pues afectan de manera simultánea a varios bienes jurídicos: la vida, la integridad física y la libertad de las personas; la propiedad, la seguridad pública; y, en último término, la seguridad del Estado. Los titulares de estos bienes jurídicos son los sujetos pasivos de los delitos.
- Propósito de provocar terror o intimidación general en la población (fin inmediato).
- Un móvil, principalmente político, pero que puede presentar, alternativa o simultáneamente, matices ideológicos, sociales, religiosos o de otro carácter (fin mediato).

Gunther Jakobs al referirse al terrorista menciona:

Ahora bien, no se pretende poner en duda que también un terrorista que asesina y aborda otras empresas puede ser representado como delincuente que debe ser penado por parte de cualquier Estado que declare que sus hechos son delitos. Los delitos siguen siendo delitos aunque se cometan con intenciones radicales y en gran escala. Pero sí hay que inquirir si la fijación estricta y exclusiva en la categoría del delito no impone al Estado una atadura precisamente, la necesidad de respetar al autor como persona que frente a un terrorista, que precisamente no justifica la expectativa de un conducta generalmente personal, sencillamente resulta inadecuada. Dicho de otro modo: quien incluye al enemigo en el concepto del delincuente ciudadano no debe asombrarse si se mezclan los conceptos “guerra” y “proceso penal (Jakobs, 41).

3.3.3. TIPO PENAL.

El tipo penal se encuentra conformado por elementos objetivos y subjetivos. Los elementos objetivos constituyen las características establecidas en el tipo



penal que describen el aspecto exterior de una conducta. Para Ricardo Núñez es la “descripción de hechos, cosas, personas, relaciones, etc... de naturaleza material objetiva, cuyo examen requiere una actividad mental comprobatoria de realidades externas, puramente cognoscitiva” (Núñez). Dentro de los elementos objetivos tenemos los siguientes: núcleo (verbo rector), sujeto activo, sujeto pasivo, objeto material, medios y referencias a tiempo, lugar y ocasión. Los elementos subjetivos por su parte describen aspectos internos de una conducta, como el ánimo, el motivo, la intención o un sentimiento, establecidas en el tipo penal. Para Zaffaroni son “particulares direcciones de la voluntad o contenidos del ánimo que van más allá de la realización típica.” (Zaffaroni).

A partir de aquello para que una conducta se adecue a un tipo penal específico requiere la existencia de un fin determinado. En este aspecto el Juez no debe agotar su actividad en el simple proceso de conocimiento externo de los hechos, sino debe penetrar en el ánimo del autor. Desde que se reconoce la existencia de los elementos subjetivos (elementos subjetivos de lo injusto, delitos de tendencia, delitos de expresión) se ha discutido sobre su relación con otro elemento del delito: la culpabilidad.

Si analizamos la legislación penal ecuatoriana vigente podremos constatar que en el delito de terrorismo tipificado en el Artículo 366 del Código Orgánico Integral Penal se ha asumido de manera clara las características constitutivas del Derecho Penal del Enemigo.

Art. 366 Terrorismo.- La persona que individualmente o formando asociaciones armadas, provoque o mantenga en estado de terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o pongan en peligro las edificaciones, medios de comunicación, transporte, valiéndose de medios capaces de causar estragos, será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años, en especial si:

Cuando el legislador refiere a *actos que ponga en peligro la vida* se debe justificar que los hechos realizados por el presunto sujeto activo coloquen a la víctima en una verdadera situación de riesgo a su integridad física y/o vida.



Además este inciso refiere a la puesta en peligro de edificaciones como: explosionar edificios, automotores, antenas repetidoras de canales de comunicación y rieles generando incertidumbre en la población.

1. **La persona que, respecto de un transporte terrestre, una nave o aeronave, plataformas fijas marinas, se apodere de ella, ejerza control sobre la misma por medios tecnológicos, violentos, amenaza o intimidación; derribe, destruya, cause daños, coloque o haga colocar un artefacto o sustancia capaz de destruirlo o causar daños que le incapaciten para su transportación.**

El sujeto acusado bajo este numeral del tipo penal en estudio, debe reunir una serie de condiciones para encuadrar su actuar en la conducta típica, entre ellas tener la finalidad de apropiarse específicamente de bienes muebles (móviles) para a través de su privación o destrucción causar terror en la población. Inicialmente se refiere al apoderamiento por medios tecnológicos, esto implica que aquellas unidades que se encuentran controladas por recursos informáticos pueden ser interferidas mediante una aplicación virtual, bloqueando su sistema a fin de volver imperceptible el acto terrorista o disponer de su actuar para causar estragos. La disposición también refiere al uso de la violencia, amenaza o intimidación por parte de los terroristas para infundir miedo y obtener la apropiación de los móviles. En tercer momento refiere a los verbos rectores derribar, destruir, causar daños colocando artefactos que hagan imposible su transportación y que generalmente lo hacen a través de explosivos.

2. **La persona que destruya por cualquier medio, edificación pública o privada, plataforma fija marina, instalaciones de áreas estratégicas, servicios básicos esenciales, así como de las instalaciones o servicios de transportación terrestre, navegación aérea o marítima, si tales actos, por su naturaleza, constituyen un peligro para la seguridad de la transportación terrestre, de las aeronaves o naves, como de la seguridad de las plataformas y demás edificaciones.**

El segundo numeral de este tipo penal, refiere a los bienes inmuebles, es decir aquellas edificaciones públicas o privadas que resultan relevantes para el



Estado ya sea a nivel económico o de prestación de servicios básicos. Este numeral resulta trascendente en lo referente a la frase “*si tales actos por su naturaleza, constituyen un peligro para la seguridad*” en virtud de que únicamente se configura el delito de terrorismo cuando estos actos sean de tal magnitud que pongan en eventual peligro un servicio básico estatal como es el transporte terrestre; sin embargo hay que reparar en el complejo problema de determinar en un plano de subjetivismo que acciones constituye un verdadero peligro y cuáles no, aspecto que denota una de las características del Derecho Penal del Enemigo, la indeterminación del tipo penal, permitiendo a juzgadores configurar actos mínimos en sanciones máximas; y por el contrario actos totalmente reprochables en desistimiento o penas mínimas.

3. La persona que realice actos de violencia que por su naturaleza, causen o puedan causar lesiones o constituyan un peligro para la seguridad de estos o sus ocupantes, en un transporte terrestre, a bordo de una aeronave, nave, en una plataforma fija marina, en puertos, aeropuertos, instalaciones de áreas estratégicas, servicios básicos esenciales o ambiente.

Este numeral configura el acto típico a través de dos hechos, por un lado refiere a la lesión violenta causada a pasajeros de los medios de transporte y por otro la intención de causar un sometimiento que permita apropiarse del móvil. Resulta relevante insistir en que esta disposición castiga aquellos actos que “posiblemente” causen lesiones, es decir es evidente el adelantamiento de la punibilidad frente a la inseguridad de determinar que actos son los propicios para causar daño o constituir un peligro; dejando abierta la posibilidad de sancionar como terrorismo, actos que no tenía como finalidad infundir terror sino únicamente lesionar a un individuo ajeno al conflicto terrorista.

4. La persona que comunique, difunda o transmita informes falsos poniendo con ello en peligro la seguridad de un transporte terrestre, de una nave o aeronave.



La disposición sanciona al sujeto que haya comunicado o difundido a las autoridades estatales o ciudadanos por cualquier vía que la embarcación, avión, tren, edificio, puerto o aeropuerto tiene una bomba explosiva próxima a detonación; en virtud de aquello la alarma ocasionada pone en peligro y en un estado crítico a los individuos próximos al artefacto, y moviliza a todo el personal de rescate a fin de evitar pérdidas humanas. Sin perjuicio de lo expuesto, los términos en que se emita o pronuncie el mensaje es motivo de un profundo análisis, en virtud que los receptores, podrán asumir aquello como un peligro para la sociedad de acuerdo a su acepción emocional, mientras que otros lo entenderán desde otra perspectiva.

5. La persona que, irrumpa los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de las personas internacionalmente protegidas.

Este numeral se refiere a un asalto violento con fines terroristas a la propiedad que pertenece a un país en relación diplomática (internacional) o la detención de un automotor con la intención de abordarlo interrumpiendo su inmunidad diplomática según la Cancillería del Estado, en definitiva implica atentar ilegítimamente contra autoridades que gozan de una protección a nivel internacional.

6. La persona que realice por sí misma o por medio de terceros, operaciones y transacciones financieras económicas, con el objeto de dar apariencia de licitud para desarrollar actividades terroristas tipificadas en este Código.

El ente regulador de las transacciones nacionales e internacionales es la Superintendencia de Bancos y Seguros; a partir de la información proporcionada por ella sobre cantidades elevadas e inusuales y transacciones de origen y destino sospecho, la Fiscalía comienza la investigación a fin de determinar si existe o no financiamiento de la actividad terrorista ya sea directamente o a través de terceros; es preciso manifestar que la sanción para los terceros o quienes actúen directamente es la misma; y para concluir en la



pena deberá justificarse plenamente que la actividad financiera tiene destino terrorista, caso contrario esta disposición no es aplicable.

7. La persona que hurte, robe, malverse, obtenga mediante fraude o extraiga mediante amenazas, uso de la violencia o intimidación materiales nucleares.

8. La persona que reciba, posea, use, transfiera, altere, evacúe o disperse materiales nucleares sin autorización legal, si tal acto causa lesiones graves a una persona o grupo de personas o daños materiales sustanciales.

Las dos disposiciones que anteceden son vinculantes y apuntan al peligro que representa el uso de material nuclear para causar catástrofes o daño a un número considerado de ciudadanos. Estos numerales refieren a aquellos sujetos que tienen previamente un amplio conocimiento sobre material nuclear, su composición, conservación y empleo para producir estragos. Por ello quién adecue su actuar al verbo rector: hurtar robar, obtener, extraer, poseer, usar, alterar materiales nucleares sin consentimiento de autoridad competente o bajo las condiciones de seguridad y garantías tiene una sanción al respecto. Lo esencial a determinar en esta disposición es quién comete el acto y con qué finalidad lo hace; si no existe certeza del conocimiento previo de la gravedad a ocasionar y finalidad terrorista, la conducta es antijurídica pero no corresponde a este tipo penal.

9. La persona que entregue, coloque, arroje o detone un artefacto o sustancia explosiva u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura, con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales a las personas o con el fin de causar una destrucción material significativa.

Esta disposición es uno de los ejemplos típicos de terrorismo y se configura a partir de la entrega, colocación, arrojamiento y detonación de una sustancia



explosiva a fin de causar muerte o lesiones a la generalidad en un lugar de amplia concurrencia. La configuración de este delito se da a partir de tres supuestos: el primero: que el artefacto explosivo haya sido colocado o entregado para su denotación, entonces tanto el que entregó como el que lo colocó son coautores, al parecer la disposición no contempla la figura de tentativa en el caso de que el explosivo haya sido detectado a tiempo y evitado su detonación; en todo caso el juzgador deberá apreciar en su contexto la actuación de cada individuo y graduar la pena de conformidad con el principio de proporcionalidad. Un segundo: que lo denotación causa muerte o lesiones en varias personas. Y tercero: que la intensión de quienes actuaron en cada momento de la consumación del ilícito (coautores) tenga la voluntad de causar daños a gran escala.

10. Cuando por la realización de estos actos se produzca la muerte de una o más personas, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

Todos los anteriores numerales que han sido analizados tienen esta disposición aplicable en el caso que a consecuencia de los actos terroristas haya ocurrido la muerte de una o varias personas. La disposición no refiere a la posibilidad de atenuar la pena, garantía fundamental de todo procesado, quizá la intención del legislador sea hacer notar la complejidad del delito y la crueldad del autor. El Código Penal derogado tipificaba el delito de terrorismo con muerte (Artículo 160) con pena privativa de libertad de doce a dieciséis años; ahora el Código Orgánico Integral Penal lo hace con una pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años, lo que evidencia un aumento considerable de la pena.

3.3.4. DERECHO COMPARADO.

3.3.4.1. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.

El Acta de Inmigración y Nacionalidad de 1965 explicó qué se debía entender por terrorismo, la misma concedió a la Secretaría de Estado la facultad para determinar quién podía entrar al país y quién no lo podía hacer por sospechas



de terrorismo, no era necesario que las personas cometan algún ilícito, sino la mínima relación con los grupos sospechosos de terrorismo determinaba el criterio de la Secretaría de Estado.

El atentado terrorista del 11 de Septiembre del 2001 dió origen a la Ley Patriótica del 26 de Octubre del 2001, aplicando la tesis de la guerra preventiva abierta; normativa que buscó evitar los actos terroristas, permitiendo sin autorización judicial interceptar comunicaciones de presuntos terroristas a través de internet o teléfono, así como detener para investigaciones a extranjeros residentes hasta por siete días sin ningún cargo. Estados Unidos se volvió una superpotencia militar, tecnológica y económica que domina el escenario de la globalización de los comienzos del nuevo milenio, contra cualquiera que pueda poner en riesgo su seguridad y hegemonía.

El 13 de Noviembre de 2011 se crearon los Tribunales Militares de Excepción para juzgar a ciudadanos extranjeros sospechosos de participar en actividades terroristas y se confirieron facultades extraordinarias al Presidente, a la Justicia Militar y a las autoridades policiales.

La legislación penal norteamericana representa la expresión más clara del Derecho Penal del Enemigo y es la base sobre la cual se han constituido las distintas legislaciones antiterroristas que hoy rigen en los países latinoamericanos.

3.3.4.2. ARGENTINA.

En Junio del 2007, Argentina promulgó la Ley 26.268, por presiones ejercidas por parte del GAFI y el Grupo Egmont, a fin de que se reforme el Código Penal vigente a esa época. Tales presiones dieron como resultado la tipificación de la asociación ilícita terrorista y el financiamiento al terrorismo.

Sobre la asociación ilícita terrorista, la referida ley estableció en el Art. 213 del Código Penal, lo siguiente:

Se impondrá reclusión o prisión de cinco a veinte años al que tomare parte de una asociación ilícita cuyo propósito sea, mediante comisión



de delitos, aterrorizar a la población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, siempre que ella reúna las siguientes características: a) Tener un plan de Acción destinado a la propagación internacional del odio étnico, religioso o político; b) Estar organizada en redes operativas internacionales; c) disponer de armas de guerra, explosivos, agentes químicos o bacteriológicos o cualquier otro medio idóneo para poner en peligro la vida o la integridad de un número indeterminado de personas

Los considerados de este proyecto de ley referían expresamente la intención de aplicar la tesis del Derecho Penal del Enemigo; mencionando:

(...) Una figura delictiva creada por el legislador para tutelar el bien jurídico orden público para lo cual autoriza un adelantamiento de la punibilidad a actos preparatorios de delitos en la medida que estos aparecen como peligrosos para derechos de terceros y, por tanto, lesivos de este bien jurídico autónomo (...)

3.3.4.3. ECUADOR.

“LOS 10 DE LULUNCOTO”.

El 30 de noviembre de 2011, la Policía inicia una investigación en el llamado caso Sol Rojo, a consecuencia de bombas panfletarias que explotaron en Guayaquil y Quito. En esta investigación se involucró a muchas personas, ninguna de ellas relacionadas con la detención meses más tarde. El 3 de marzo de 2012 en el Barrio Luluncoto al sur de la ciudad de Quito, en un departamento ubicado en el segundo piso; fueron detenidos por la Policía Nacional las siguientes personas: Jescenia Abigail H., Fadua Elizabeth T., Ana Cristina C., Cristhian Royce G., Pablo Andrés C., César Enrique Z., Luis Santiago G., Víctor Hugo V., Héctor Javier E. y Luis Marcelo M. Todos ellos acusados de cometer el delito de terrorismo organizado y de atentar contra la seguridad interna del país; se les atribuye responsabilidad de las bombas panfletarias que estallaron en Quito, Cuenca y Guayaquil el 17 de Noviembre y el 19 Diciembre de 2011 en rechazo a la visita del Presidente colombiano Juan



Manuel Santos, así como de la planificación de actos terroristas que posiblemente iban a desarrollarse en la Marcha Plurinacional por el Agua, la Vida y la Dignidad de los Pueblos, impulsada por la CONAIE, del 8 al 22 de Marzo de 2012.

La Policía Nacional desplegó durante siete horas un operativo silencioso con 20 uniformados de la Unidad de Lucha Contra el Crimen Organizado (ULCO). A consecuencia de la operación denominada “Sol Rojo” 10 personas fueron detenidas en Luluncoto a las 16:00 y los vincularon con una supuesta subversión contra el Estado. Los uniformados presentaron más de 100 supuestas evidencias, entre ellas: cuentas de redes sociales, páginas web del Centro de Documentación de Movimientos Armados (Argentina), del Grupo de Combatientes Populares (GCP); dispositivos de almacenamiento (flash memory), computadoras y decenas de hojas con escritos en contra del Gobierno Nacional.

Los detenidos defendieron desde un primer momento que se encontraban reunidos para escuchar una charla sobre el “buen vivir”. Además, un dato muy importante es que ellos eran estudiantes o profesionales, es decir realizaban actividades lícitas. Mientras que la Fiscal del caso refirió: “estamos frente a un delito contra el Estado, los fines de esta reunión son los que preocupan, porque el fin era atentar contra el Estado Ecuatoriano, estamos poniendo en peligro con estos sucesos la seguridad de las personas en un país” En un segundo momento el Ministro del Interior respaldó la tesis de Fiscalía afirmando que: “estos presuntos integrantes no eran meros operadores, eran en realidad los cabecillas, los líderes de esta célula subversiva”, y fue enfático al indicar que no se trataba de una simple broma de jóvenes, pues hay elementos suficientes para creer que “pretendían desestabilizar nuestra democracia [...] Hay mensajes de celular que claramente determinan que su intención es tomarse el poder por las armas”.

Inicialmente, nueve de los 10 recibieron prisión preventiva. En cambio, Fadua T., quien estaba en estado de gestación cuando se desarrolló el operativo, recibió arresto domiciliario. Luego de dar a luz, un juez les sustituyó la medida cautelar por la presentación semanal en un juzgado. Los abogados de la



defensa manifestaron que las evidencias encontradas no eran pruebas contundentes para acusar a los procesados, además denunciaron irregularidades en la detención.

El 19 de Junio del 2014 se presentó el recurso de amparo de libertad para Cristina C., Abigaíl H., Luis M. y Víctor V. Sin embargo, los jueces desestimaron esta petición. Seis meses después, los abogados volvieron a presentar el mismo recurso y lograron la liberación de siete detenidos, quienes dejaron el Centro de Detención Provisional en diciembre del mismo año. Ellos fueron liberados porque no llegaron a la audiencia y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dispone que cuando los detenidos no estén presentes se presume su detención arbitraria y los jueces ordenarán su inmediata libertad.

Cristina C., una de las procesadas relató a un diario del país que durante su permanencia en la cárcel El Inca compartía una celda de 4m² con Abigaíl H., meses después de su encierro se declararon en huelga de hambre durante 30 días, tiempo que sus cuerpos resistieron la precaria dieta de agua y caramelos que mantenían como símbolo de disconformidad con lo que ocurría en el proceso penal.

Por su parte Fadua T., procesada también, mencionó que al momento de su detención estaba en 4 meses de gestación; sin embargo aquello no impidió que 20 policías ingresaran al departamento de manera violenta, amedrentando contra su humanidad, se le obligó a botarse al piso por dos horas y mantenerse arrodillada por noventa minutos. Una vez que llegó el Fiscal de Turno se le permitió tomar asiento. Refiere que durante el proceso tuvo riesgo de aborto debido a la complejidad de su arresto domiciliario.

En la Audiencia de Juicio, Fiscalía presentó: celulares, cartucheras de cosméticos, billetes, monedas, una carpeta del Grupo de Combatientes Populares (GCP), camisetas rojas del Che Guevara, discos de música protesta, botas de caucho que sirvieron como evidencias de los actos de terrorismo que la Fiscalía se llevó de Luluncoto y de un segundo allanamiento realizado en las viviendas de los 10 jóvenes dos meses después, todo ello según la tesis manejada por Fiscalía establecía su vinculación con el denominado GCP.



Luego del proceso penal correspondiente el Tribunal Garantías Penales del Quito encontró culpables a todos ellos por el delito de tentativa de terrorismo organizado con una condena de un año de prisión; fallo que fue apelado y confirmado por la Sala de lo Penal; sin perjuicio de que la mayoría de los acusados cumplieron la pena establecida, todos ellos presentaron el recurso de casación ante la Corte Nacional de Justicia, proceso que está próximo a señalar fecha para la respectiva Audiencia (causa Nro. 292-2014).

Un informe elaborado por las comisiones de Derechos Humanos en el país refiere a las múltiples violaciones a los Derechos Fundamentales:

- La detención arbitraria es en sí, una violación grave a los Derechos Humanos, descrito en el Estatuto de Roma como delito de lesa humanidad. La detención de los “10 de Luluncoto” representa este delito, ya que los testimonios refieren no haber sido notificados de la detención sino hasta siete horas después del acto.
- Se han registrado consecutivas violaciones a los Derechos Humanos principalmente el derecho a la integridad física y psicológica al momento de la detención y durante el encierro, como son agresiones físicas y verbales, incomunicación, negación de información, negación de la salud, entre otras.
- La condición carcelaria afecta de manera general a su población, tiene un grave problema de hacinamiento, lo que permite la proliferación de enfermedades virales sin la atención adecuada.
- Durante la detención también se evidenciaron violaciones contra una persona de atención prioritaria como es el embarazo, quien notificó de su estado y aun así fue agredida y negada la atención médica por un prolongado tiempo.
- Así mismo, tanto para las personas detenidas y sus familias se vulneraron los derechos a la intimidad, a la honra, la imagen y el buen nombre. Se expusieron sus rostros en medios de



comunicación afirmando que se trataba de “terroristas”, sin considerar la presunción de inocencia como principio rector.

- La integridad física y psicológica de las familias de los y las detenidas fue violentada durante el allanamiento en sus hogares, ya que se les impidió acceder a su medicación, atender a niños y ancianos presentes en el momento.
- Las autoridades estatales construyeron a través de este proceso un “enemigo interno” en el contexto de la Marcha del Agua, desarrollada cinco días después del operativo Sol Rojo (CEDHU, INREDH).

En el año de Julio del 2012 la Organización de Amnistía Internacional realizó un comunicado al Ecuador en relación a la situación del país, las protestas sociales y la represión estatal a través de la criminalización de sus conductas, al respecto manifestó:

Amnistía Internacional ha recibido numerosos informes que indican que el sistema de justicia penal de Ecuador se está utilizando para acallar las protestas contra las leyes y políticas propuestas por el gobierno respecto a los recursos naturales. Entre los métodos utilizados en lo que parece ser un intento deliberado de obstaculizar el derecho a la libertad de expresión, asociación y reunión se encuentran cargos infundados, investigaciones prolongadas, recursos reiterados de los fiscales para ampliar la duración de los cargos formulados, condiciones de fianza restrictivas y cargos relacionados con el terrorismo o con la obstrucción ilegal de vías (Amnistía Internacional, Online).

El Segundo Informe de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de los Defensores de Derechos Humanos en las Américas de 2011, señaló de manera general:

En algunos países de la región han proliferado leyes “antiterroristas” que han tenido por efecto la criminalización de líderes indígenas y



campesinos por actividades relacionadas con la defensa de los territorios que consideran ancestralmente o por derecho, les corresponden. Varios de los tipos penales de estas legislaciones no tienen una formulación específica de la conducta punible o agravada con carácter “terrorista” y sujetan su calificación a la discrecionalidad de los juzgadores. En varios países conceptos como “orden público” y “seguridad nacional” contenidos en los tipos penales que restringen el ejercicio de la protesta social no son definidos con precisión y adolecen de una vaguedad y ambigüedad que permiten una absoluta discrecionalidad en su interpretación y aplicación por parte de las autoridades competentes (...) La CIDH insta a los Estados que cuenten con tipos penales con una formulación amplia o ambigua a reformar sus legislaciones (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Concluyo con la interrogante si ¿acudir al Derecho Penal del Enemigo soluciona el crecimiento del terrorismo? La respuesta es negativa. No es la primera vez que la legislación penal ecuatoriana acuda a manifestaciones como esta, y por ello los datos históricos reflejan que la aplicación de estas acciones no es la solución al crecimiento de la criminalidad; tanto más que en países donde las penas son leves, éstas impresionan al ciudadano del mismo modo que las graves en otros lugares. En definitiva y en palabras de Luigi Ferrajoli “no es la crueldad de las penas, sino la infalibilidad de ellas, el principal freno a los delitos” (Ferrajoli, 45).

En este sentido, estamos frente a la reaparición de un Derecho Penal que no sólo fue ineficaz en la antigüedad, sino que también lo es ahora, pues los estudios empíricos demuestran que no existe una correlación significativa entre la severidad de las penas y la disminución de la criminalidad. Por ello, considero cierto que el endurecimiento de las penas no es la solución en nuestro país, sin desconocer que aquello sea una práctica común a nivel legislativo e incluso en condiciones penitenciarias.



CONCLUSIONES.

1. El Derecho Penal del Enemigo se presenta a partir de la separación de sujetos considerados “ciudadanos” por su actuar conforme a ley; y aquellos que serán tratados como “enemigos” al no brindar seguridad cognitiva de un comportamiento adecuado, debido a su vinculación con la criminalidad organizada. Si bien esta actuación implica en teoría la renuncia a su calidad de ciudadano; esto no significa la disposición de su calidad de persona.
2. El Derecho Penal del Enemigo planteado por Jakobs, establece la figura del enemigo, no en relación a una cosificación de la persona sino que a través de su actos no se desarrolla en una normatividad realizada (actuar como persona). El enemigo sigue siendo persona en otros ámbitos incluso jurídicos, es decir la teoría plantea una despersonalización parcial del individuo, sin perjuicio de su posibilidad de reasumir el rol de ciudadano.
3. La Teoría propuesta por Jakobs presenta entre sus características el adelantamiento de la punibilidad, basándose en la visión prospectiva del sistema punitivo contrario a lo establecido por la legislación tradicional (retrospectiva); aspecto que vuelve inaplicable esta teoría a la luz del principio de lesividad y legalidad en materia penal.
4. La tesis que defiende Gunther Jakobs implica la negación de una política racional para combatir el crimen, previniendo conductas delictivas a través de la criminalización en el estado previo a la lesión del bien jurídico.



5. La tendencia que maneja esta teoría parte de la idea de que los ciudadanos debemos renunciar parcialmente a nuestra libertad natural para obtener más seguridad colectivamente. En definitiva propugna el tránsito de un Estado Constitucional de Derecho a un Estado Preventivo de Riesgos.
6. El Derecho Penal del Enemigo está destinado a combatir peligros a través de medidas de seguridad y no busca la resocialización del delincuente mediante la aplicación de una pena. Por ello la pena no está dirigida a los “enemigos”; porque su imposición supone la vinculación del sujeto con la norma, es decir su reconocimiento de ciudadano destinatario de normatividad.
7. El Neoconstitucionalismo y Garantismo son hoy en día el eje central del sistema jurídico ecuatoriano; a partir de ello los Derechos Fundamentales tienen estrecha vinculación con la jurisdicción. La Constitución representa el límite y norma directiva fundamental para el ordenamiento jurídico.
8. El delincuente que a través de sus actos infringe las condiciones básicas de convivencia pacífica entre los ciudadanos, enfrenta la restricción de ciertos Derechos Fundamentales a través de la renuncia al estatus de ciudadano; sin embargo es inadmisibles que se desprenda de su calidad de persona que obliga al Estado a tratarlo como un ser con dignidad.
9. La fundamentación de la restricción de garantías jurídico- penales no puede apoyarse en la negación de la personalidad jurídica, sino en la posibilidad de injerencia en ciertos ámbitos de reserva de aquellos ciudadanos que no ofrezcan garantías de fidelidad al Derecho.



10. La Dignidad Humana es el valor constitucional supremo cuya presencia es verificable en la Constitución de la República del Ecuador. En consecuencia toda norma inferior que contravenga o pretender usar al ser humano como medio para un fin resulta inconstitucional y anti-humanista. Por ello el Derecho Penal del Enemigo al irrespetar la dignidad humana suprimiendo el estatus jurídico de persona, atenta contra lo estatuido a nivel constitucional e internacional (Tratados de Derechos Humanos).
11. El Estado Constitucional del Derecho no hace distinción entre “amigos” y “enemigos”; sino únicamente entre culpables e inocentes y bajo las reglas y principios jurídicos de culpabilidad, legalidad y proporcionalidad. Aquellos identificados como “enemigos” “no personas” no pueden ser tratados arbitrariamente, al antojo de la autoridad policial y/o judicial con la finalidad de eliminar su carácter de fuente de peligro.
12. La legitimidad del Derecho Penal del Enemigo carece de fundamento al momento que niega el Principio Fundamental de la Dignidad Humana, tanto más que su normativa se asemeja al Derecho Penal de Autor infringiendo el principio de legalidad y culpabilidad que sustenta la legislación penal tradicional.
13. El Derecho Penal del Enemigo es el resultado de la confluencia del punitivismo y el simbolismo penal. Por su parte el tipo penal terrorismo contenido en el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano es una manifestación de la legislación propuesta por Jakobs; lo cual vuelve necesario una racionalización restrictiva de esta normativa, en aras de evitar la vulneración al principio de inocencia; pues identificado en un



primer momento por su carácter de peligrosidad al denominado “enemigo” evita un previo análisis si les corresponde o no esta categoría.

14. La evidente modernización del Derecho Penal, debe implicar una verdadera evolución y respeto a las garantías del Estado Constitucional de Derecho y no una falsa respuesta a la exigencia de seguridad de una sociedad que desconoce criterios de razonabilidad y proporcionalidad en materia penal.
15. Jakobs apunta a través de su teoría en establecer un Derecho Penal excesivamente punitivista flexibilizando ciertas garantías procesales que son base del Derecho Penal moderno. Sin embargo es de resaltar que las garantías penales constitucionalmente reconocidas pueden restringirse si se hace respetando los parámetros de razonabilidad y el contenido esencial de los Derechos Humanos.
16. La presencia de esta “legislación enemiga” es evidente en nuestro ordenamiento jurídico penal. Sin embargo la reacción estatal frente al denominado “enemigo” requiere de un nivel de juridicidad como es la existencia de un proceso penal con garantías mínimas, el juicio de reproche ante un Juez y su resolución.
17. El Derecho Penal del Enemigo al permitir que los órganos estatales y paraestatales definan arbitrariamente al enemigo; coloca a la ciudadanía, al opositor político y/o social en una situación de riesgo para su vida, salud y dignidad. La mayor inseguridad no se genera a través de la criminalidad sino en a través de la actuación estatal al margen de la Constitución de la República, cuando pretendiendo mantener el orden social, asume funciones que corresponde únicamente a la Función Judicial.



18. El Derecho Penal debe estar dirigido única y exclusivamente a ciudadanos titulares de derechos y garantías, y que se encuentren en una situación que puedan ejercerlos tanto a nivel penal, procesal e incluso penitenciario. La legislación penal tiene el compromiso de respeto a su razón de ser: el ser humano.
19. La discusión entre libertad y seguridad en el Derecho Penal del Enemigo se resuelve a favor de la segunda, en plena contradicción a la visión garantista del Derecho Penal. Sin embargo es evidente que para garantizar libertad se precisa de seguridad; aspecto de lo cual el Derecho Penal no puede sino colaborar en parte a este fin, pero jamás en su totalidad.
20. El Derecho a la seguridad ciudadana es innegable, sin embargo de ello no se deriva que el Estado esté facultado para actuar de cualquier manera con el fin de satisfacerlo. No es posible legitimar acciones arbitrarias en función del bien perseguido, incluso cuando se trate de crímenes graves. El Derecho Penal debe proteger bienes jurídicos para la convivencia social y a su vez garantizar por esta vía la libertad individual de las personas.
21. La legislación propuesta por Jakobs apunta a restringir el Derecho Procesal Penal en aras de la seguridad pública, potenciando la actividad policial en obtener pruebas a través de agentes encubiertos, escuchas telefónicas privadas, sometimiento a seguimiento y observación policial.
22. La visión del legislador no debe estar en el sujeto (enemigo- terrorista) sino en el peligro que genera para la sociedad los delitos que configuran la criminalidad organizada. Peligro que requiere de acciones estatales para combatirlo; entre ellas la posible reducción de garantías procesales



penales o el aumento de la sanción pero todo ello en un contexto de estricto respeto a las garantías y derechos que son base del Derecho Penal. Es decir el postulado de Jakobs respecto de adoptar medidas en contra de determinados individuos sería únicamente y exclusivamente aplicables en base al carácter de delito realizado y no en la peligrosidad del sujeto que lo realiza.

23. La forma adecuada de prevenir la comisión de delitos futuros es a través de la implementación de políticas públicas que generan una mejor distribución de la riqueza, mayores fuentes de empleo, una sociedad más justa y equitativa. Además de un sistema que respete las diferencias sociales de cada grupo integrante de la sociedad a nivel religioso, social y político; evitar la exclusión del sistema o la persecución estatal.

24. El sistema penal ecuatoriano no debe buscar la represión social a través del tipo penal de terrorismo, empleando legislación de excepción que aumenta desproporcionalmente la penas, sino su misión es la prevención del delito aceptando las diferencias sociales.



BIBLIOGRAFÍA.

ALBÁN Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte*

General, Tomo I. Quito, Ediciones Legales, 2011.

ALCOCER, Povis, Eduardo. *El Derecho Penal del Enemigo ¿realización de*

una opción criminal o de una criminal política de Estado? Lima,

Actualidad

Jurídica, Gaceta Judicial, 2006, p. 292- 293.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del Derecho.* Barcelona, Editorial

Gedisa, 1994, p. 160.

AMNISTIA, Internacional. *Ecuador.* Internet.

<https://www.amnesty.org/es/countries/americas/ecuador/>. Acceso: 08 de

Diciembre de 2015.

AQUINO, Santo Tomás de. *Summa teológica. Cuestión 64 de la Segunda pars.*

Madrid, Editorial Católica, 1978, Título III, p. 448 - 449.

AVILA, Ramiro. *Del estado legal al constitucional en Neo constitucionalismo*

Transformador 2008. Quito, Abya Yala, 2011, pg.107-120.

BARBA, Alvarez Rogelio. *Esbozo Criminológico sobre el Derecho Penal del*

Enemigo. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2010, p. 12.



CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*.

Buenos

Aires-Argentina, Editorial Heliasta, 27° edición, 2001, p. 73 y 309.

CANCIO, Meliá. Gómez Jara Diez. *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Madrid, Editoriales Edisofer y BdeF, Buenos Aires-

Montevideo, Volumen. 1, 2006, pp. 341- 382.

CEDHU, INREDH y Clínica Ambiental. *Informe Psicosocial y de Derechos*

Humanos, Caso 10 detenidos en Luluncoto, Operativo Sol Rojo. Quito,

Edición CEDHU INREDH y Clínica Ambiental, 2012.

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Segundo*

Informe sobre la Situación de las Defensoras y los Defensores de Derechos

Humanos en las Américas de 2011, aprobado por la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos el 31 de diciembre de 2011, Pág. 36

y 43. Internet, <http://www.cidh.org>. Acceso: 08 de Diciembre de 2015.

DEMETRIO Crespo, Eduardo. *El Derecho penal del enemigo. Sobre la*

ilegitimidad del llamado “derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad”, pág. 99,

este artículo ha sido publicado en: CANCIO Meliá, Manuel y GÓMEZ-

JARA Díez, Carlos (cords.), “Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión”. Buenos Aires-Montevideo, Vol.1, Edisofer, 2006, pp. 473-509.

DEMETRIO, Crespo Eduardo. *Libertad, seguridad, sociedad del riesgo y*

Derecho Penal del Enemigo en: BERNUZ BENÍTEZ, María José; PÉREZ,



Ana Isabel, *La tensión entre libertad y seguridad*. España, Universidad de la Rioja, 2006, p.13.

Derecho Penal del Enemigo. Internet.

http://porticolegal.expansion.com/pa_articulo.php?ref=307. Acceso: 07 de

Diciembre de 2015.

DIAZ Piña Antonio. *Los usos de la inseguridad pública*. Internet

<http://adiazpi.blogspot.com/2011/11/los-usos-de-la-inseguridad-publica.html>.

Acceso: 02 de Diciembre de 2015.

DIAZ Piña, Antonio. *El Derecho Humano a la Seguridad Pública en el Estado de Derecho*. Internet. <http://www.reeditor.com/columna/3967/26/ciudadania/el/derecho/humano/la/seguridad/publica>. Acceso: 02 de Diciembre de 2015.

DIEZ, Ripollés José Luis. *De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un debate desenfocado*. Madrid, Editoriales Edisofer, y BdeF, Buenos Aires-Montevideo, Volumen. 2, 2006, p. 553-603.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón -trad. del apartado de Cantarero Bandrés, revisada por Andrés Ibáñez y Ruiz Miguel, Trotta*. Madrid, 1995, pág. 830.

FERRAJOLI, Luigi. *Sobre los derechos fundamentales. en: CARBONELL (Ed.), Teoría del neoconstitucionalismo, cit. nota n° 27*. México, p. 71.

FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del estado de derecho, en Miguel Carbonell,*



Editor, Neo constitucionalismo. Madrid, Editorial Trotta, 2003, pp.13-29.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho Penal y Estado de Derecho*, en Gaceta Penal

N. 20 – Febrero de 2011, México, pág. 45.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantías*, en: CARBONELL (Ed.), *Luigi Ferrajoli:*

Democracia y Garantismo, CARBONELL, cit. nota n° 13, México, p. 60.

FICHTE. *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*.

Hamburgo, Edición de Felix Meiner Verlag, 1960, p. 253.

FIX Fierro, María Cristina. *La dignidad de la persona en España y en México*.

México, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de

México, 2012. p.12.

FONTÁN Palestra, Carlos. *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial Tomo VI*,

Argentina, Editorial Depalma, 1951.

GRACIA, Martín Luis. *Consideraciones Críticas sobre el actualmente*

denominado "Derecho Penal del Enemigo. Madrid, Estudios de Derecho Penal

Civitas, 1997, p. 3-18.

GUASTINI, Ricardo. *Sobre el concepto de Constitución*, en *Sobre los derechos*

fundamentales, en: CARBONELL (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*,

cit. nota n° 27, México, p.22.

HOBBS, Thomas. *Leviatán I*, Edición Sarpe. México, Fondo de Cultura

Económica. 1983, p 153- 161.



HOBBS, Thomas. *Tratado sobre el ciudadano (n. 92), cap. VI, 3, p. 57.*

JAKOBS, Gunther. Cancio Meliá Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. Bogotá-Colombia, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho, Colección de Estudios Nro. 35, 2005, p. 25- 31.

JAKOBS, Gunther. Cancio Meliá. *Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo*. Madrid, Editorial Civitas, 2006 pp. 23 – 294.

KANT Manuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. México, Editorial Porrúa, 1977. p. 221.

MIR PUIG, Santiago. *Política criminal y reforma penal*. Buenos Aires, Editorial Euro Editores, 2007, pg. 4.

MUÑOZ, Conde Francisco. García Arán, Mercedes. *Derecho Penal- Parte General 4 edición*, Valencia, Tirantlo Blanch, 2000, p. 398.

MUÑOZ, Conde Francisco. *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*. Madrid, Editoriales Edisofer, y BdeF, Buenos Aires-Montevideo, Volumen. 2 2006, p. 339-371.

NUÑEZ, Ricardo. *Manual de Derecho Penal, Cuarta Edición*. Argentina, Editorial Córdoba. 1999.

ORE, Sosa Eduardo. *El Endurecimiento del Derecho Penal*. Salamanca, Actualidad Jurídica (Gaceta Jurídica). Tomo 151, Junio, 2006, p. 13-21.



PARMA, Carlos. *El enemigo del Derecho Penal del Enemigo*. Lima, XVIII

Congreso Latinoamericano IX Iberoamericano I Nacional de Derecho Penal y Criminología, 2005, p. 149.

PÉREZ Luño, Antonio. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*.

Madrid, Editorial Tecnos, 1984. p. 319.

PEREZ, Royo Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. España, Duodécima

Edición Marcial Pons, 2012, p. 450.

POLAINO Orts Miguel. *Derecho Penal del Enemigo*. Sevilla, Editorial S.A.

Bosch. 2009 p. 43- 229.

POLAINO, Miguel. *Derecho Penal del Enemigo. Desmitificación de un concepto*. Madrid, Editoriales Edisofer, y BdeF, Buenos Aires-Montevideo, vol. 2, 2006, p. 591-657.

PRIETO Sanchís, Luis. *El constitucionalismo de los derechos. en:*

CARBONELL (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, cit. nota n° 27, México, p. 214.

RIOS, Alvarez Rodrigo. *El Derecho Penal del Enemigo. El Problema de su*

legitimidad a la luz de algunos de sus defensores y detractores en

Manifestaciones del Derecho Penal del Enemigo en la Ley Nº 20.00.

Chile, Revista Jurídica. 2012. p. 5-15.

RIQUERT, Fabián y Palacios. *El Derecho Penal del Enemigo o las excepciones*

permanentes. Colombia, Revista Universitaria, 2003, p. 8.



ROBLES, Morchón. *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas. Ensayo de*

Teoría Comunicacional del Derecho. Madrid, Thomson Civitas, 1ª edición, 2007, p. 29-30.

ROSSEAU, Jean-Jacques. *El Contrato Social. Estudio Preliminar y Traducción de María José Villaverde.* Madrid, Tercera Edición, 1995, pag. 4-20.

ROXIN Claus. *Derecho Penal- Parte General, Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito.* Madrid, Civitas, 1997, pag. 86.

SCHREIBER, Jan. Citado por Bolívar Torres Cevallos. *El derecho internacional público frente al delito de terrorismo.* Internet. <http://www.afese.com>.

Acceso: 01 de Diciembre de 2015.

SERRANO, José Luis. *Validez y Vigencia, La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica.* Madrid, Editorial Trotta, 1999, p. 59.

SILVA Sánchez Jesús María. *La expansión del derecho penal 2da edición.* Madrid, Civitas, 2001, pag. 24- 185.

TORRES Cevallos, Bolívar. *El derecho internacional público frente al delito de terrorismo.* Internet. <http://www.afese.com>. Acceso: 01 de Diciembre de 2015.

YAVAR, Núñez Fernando. *Orientaciones del Código Orgánico Integral Penal.* Guayaquil, Producciones Jurídicas FERYANÚ, p. 562.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal, Parte General, Segunda Edición.*



Argentina, Editora Comercial, Industrial y Financiera. 2002.